

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DAVID PEREIRA CARDOSO

OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

CURITIBA

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DAVID PEREIRA CARDOSO

OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2016

C268a

Cardoso, David Pereira

Os acordos substitutivos da sanção administrativa /  
David Pereira Cardoso; orientador: Egon Bockmann  
Moreira. – Curitiba, 2016.  
176 p.

Bibliografia: p. 163-176.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do  
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-  
graduação em Direito. Curitiba, 2016.

1. Direito administrativo. 2. Atos administrativos. 3.  
Contrato público. I. Moreira, Egon Bockmann. II. Título.

CDU 35

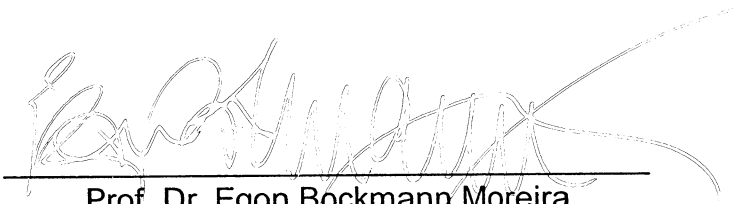
Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626

## TERMO DE APROVAÇÃO

DAVID PEREIRA CARDOSO


### OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



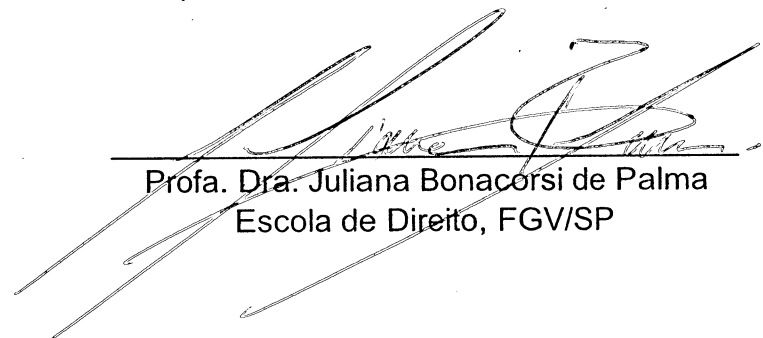
---

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira  
Orientador – Departamento de Direito Público, UFPR



---

Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco  
Departamento de Direito Público, UFPR



---

Profa. Dra. Juliana Bonacorsi de Palma  
Escola de Direito, FGV/SP

Curitiba, 26.de fevereiro de 2016.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Edson Pereira Cardoso e Maria Cristina Pereira Cardoso, que me ensinaram o prazer da leitura; à minha esposa, Gabriella Fraletti Rubbo, pelo carinho em todos os momentos; ao escritório Wambier e Arruda Alvim Wambier, especialmente à Maria Lúcia Lins Conceição, com quem aprendi o exercício da advocacia; ao Egon Bockmann Moreira, um professor no sentido estrito da palavra.

## RESUMO

A administração tem valorizado, cada vez mais, a negociação e a participação dos particulares na realização das suas atividades. É nesse contexto, de ampliação do consenso no direito público, que são examinados os chamados “acordos substitutivos”. Trata-se, em linhas gerais, de atos administrativos bilaterais nos quais a autoridade negocia com o particular a aplicação de uma sanção administrativa, em princípio cogente, em troca de maior eficiência e qualidade na ação pública. No direito brasileiro, os principais exemplos de acordos substitutivos da sanção são os compromissos de ajustamento de conduta e os acordos de leniência. Propõem-se, como objeto do presente trabalho, a investigação desse instrumento jurídico, sua origem, suas características, sua classificação e seus requisitos. Isso sempre tendo por premissa a instrumentalidade da sanção no direito administrativo, ou seja, a noção de que a pena é um meio para a ordenação de condutas necessárias à comunidade, não um fim em si mesmo.

Palavras-chaves: Transações no direito público - negociação do exercício da autoridade administrativa - consensualidade - contrato administrativo - direito privado administrativo - ato administrativo bilateral - termo de ajustamento de conduta - acordo de leniência.

## **ABSTRACT**

The government has been giving increasing importance to the negotiation with and participation of private individuals in the performance of its activities. It is in this scenario, of the broadening of the consensus regarding public law, that one examines the so-called “penalty substitution agreements”. In broad terms, they are bilateral administrative acts in which the government negotiates with a private individual the application of administrative sanctions, in principle binding, in exchange for greater efficiency and quality in public actions. In Brazilian statutory law, the main examples of agreements for the substitution of sanctions are the consent decrees and leniency agreements. One proposes, as the subject of the current dissertation, the examination of this legal instrument, its origin, features, classification and requirements. This is always based on the assumption of the instrumental nature of sanctions in public law, i.e. the notion that the penalty is a means of regulating conduct necessary for the community, rather than a goal in itself.

Keywords: Legal transactions in public law - negotiating the exercise of the administrative authority - administrative acts achieved by consensus - government contract - private transactions governed by public principles - bilateral administrative acts – consent decrees - leniency policy.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR – CAMPO TRADICIONALMENTE OCUPADO PELO ATO ADMINISTRATIVO UNILATERAL .....</b>	<b>13</b>
2.1 A SANÇÃO COMO CATEGORIA GERAL DO DIREITO.....	13
2.2 RENOVAÇÃO DA IMPORTÂNCIA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....	16
2.3 A SANÇÃO ADMINISTRATIVA EM OPOSIÇÃO À SANÇÃO PENAL .....	19
2.4 PODER DE POLÍCIA, ADMINISTRAÇÃO AUTORITÁRIA E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	25
<b>3 A ABERTURA CONSENSUAL NO DIREITO PÚBLICO E OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>31</b>
3.1 O CONSENSO NAS RELAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO .....	31
3.2 AS DIVERSAS FACES DA ABERTURA CONSENSUAL.....	35
3.2.1 Cooperação, eficácia e eficiência.....	36
3.2.2 Abertura democrática, participação e consenso.....	41
3.2.3 O consenso como instrumento do direito econômico.....	46
3.3 OS ATOS ADMINISTRATIVOS CONSENSUAIS.....	54
3.4 OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....	58
3.4.1 A legalidade e os acordos substitutivos .....	62
3.4.2 A medida da indisponibilidade do interesse público .....	70
3.5 QUANDO A COOPERAÇÃO SE TORNA UM PROBLEMA.....	76
<b>4 A “NATUREZA JURÍDICA” DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA DECISÃO UNILATERAL .....</b>	<b>81</b>
4.1 EM QUE MEDIDA A IDENTIFICAÇÃO DA “NATUREZA JURÍDICA” DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA DECISÃO UNILATERAL É IMPORTANTE	81
4.2 A CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA E O REGIME APLICÁVEL .....	83
4.2.1 Negócio jurídico de direito privado .....	85
4.2.2 Contrato administrativo.....	88
4.2.3 Ato administrativo consensual.....	90
4.2.4 Conclusão .....	93
4.3 INSTITUTOS CONGÊNERES.....	96



4.3.1 As transações envolvendo direitos patrimoniais.....	96
4.3.2 Os negócios jurídicos processuais .....	98
4.3.3 As transações fiscais e as denúncias espontâneas .....	102
4.3.4 Administração e arbitragem.....	104
4.3.5 Os atos negociais, ou atos ampliativos de direito.....	106
4.3.6 Acordos integrativos .....	109
<b>5 OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SEUS REGIMES ESPECÍFICOS.....</b>	<b>111</b>
5.1 O REGIME JURÍDICO COMUM DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS .....	111
5.1.1 A questão da discricionariedade .....	111
5.1.2 A dinâmica dos acordos substitutivos.....	115
5.1.3 Publicidade e sigilo nos acordos substitutivos.....	120
5.2 CLASSIFICAÇÃO DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS .....	122
5.3 O ACORDO PARA AJUSTAMENTO DE CONDUTA.....	125
5.3.1 A correção da conduta .....	129
5.3.2 Reconhecimento do ato ilícito .....	131
5.3.3 Representação dos interesses transindividuais ou de terceiros.....	132
5.3.4 O cumprimento e o descumprimento do ajuste .....	134
5.3.5 A mutabilidade.....	137
5.4 O ACORDO DE LENIÊNCIA .....	138
5.4.1 Dificuldade na obtenção das provas .....	142
5.4.2 Concessão do benefício ao primeiro que buscar as autoridades .....	145
5.4.3 Colaboração do promissário nas investigações .....	147
5.4.4 Cessação da prática e o reconhecimento da participação no ilícito .....	151
5.4.5 O cumprimento do acordo e seus efeitos penais, civis e administrativos .....	153
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>158</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>161</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O direito administrativo do final do século XIX e início do século XX era um direito de pessoas desiguais. Por desenvolver atividades voltadas à realização do interesse público, entendia-se que a administração deveria contar com prerrogativas exorbitantes, sem correspondência no direito comum. Tais prerrogativas permitiriam o estabelecimento de relações jurídicas sem o consentimento dos sujeitos privados, colocados em posição de subordinação frente ao poder estatal. Assim, enquanto o direito privado regularia as relações baseadas na paridade e no consenso, o direito público teria por pressuposto relações de autoridade e supremacia.

Essa visão tradicional do direito administrativo, contudo, vem sendo, gradualmente, mitigada. A tendência contemporânea é valorizar os instrumentos que incluem a cooperação ativa dos particulares na busca dos interesses públicos, ao invés das práticas baseadas na imposição unilateral das decisões estatais. É o que se convencionou chamar de administração paritária, ou consensual<sup>1</sup>. Por trás dessa tendência, está a ideia de que a discussão e a negociação entre os vários envolvidos na atuação estatal são preferíveis ao comando e à imposição unilateral.

Como ressaltam Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, já não é possível continuar ignorando que a administração negocia e que a negociação se tornou um instrumento imprescindível na tarefa de administrar<sup>2</sup>. Essa abertura à participação dos interessados nas ações estatais pode ocorrer tanto no bojo do processo decisório (por meio das consultas, debates e audiências públicas), como na decisão em si (sob a roupagem de atos bilaterais, acordos ou transações). Tal orientação, ademais, tem se mostrado presente nas mais variadas funções administrativas, como, por exemplo, no campo da produção normativa, na solução de conflitos, na gestão das políticas públicas, nas licitações, nos contratos administrativos e, até mesmo, no campo do processo sancionador.

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 218.

<sup>2</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução: José Alberto Froes Cal. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 672.

O presente trabalho pretende examinar uma das faces desses novos instrumentos de negociação da administração pública: os *acordos substitutivos da sanção*. Trata-se, em linhas gerais, de atos administrativos bilaterais firmados entre o estado e o particular, com vistas a impedir ou extinguir o processo administrativo sancionador, ou ainda a reduzir ou afastar a aplicação de uma sanção. O que esses acordos têm em comum é que eles são firmados pela administração em situações nas quais ela poderia impor a sua decisão de forma unilateral, mas decide substituir o exercício dessa prerrogativa por uma solução negociada.

No direito brasileiro, os principais exemplos de acordos substitutivos da sanção são os compromissos de ajustamento de conduta (previstos, por exemplo, na Lei Federal nº 6.385/1976<sup>3</sup>, na Lei Federal nº 7.347/1985<sup>4</sup>, na Lei Federal nº 9.605/1998<sup>5</sup> e na Lei Federal nº 12.529/2011<sup>6</sup>) e os acordos de leniência (fixados, por exemplo, no art. 86 da Lei Federal nº 12.529/2011<sup>7</sup> e no art. 16 da Lei Federal nº 12.846/2013<sup>8</sup>). Nessas hipóteses, verificada a existência de indícios do cometimento de uma violação ao ordenamento, o poder público pode buscar a colaboração do particular, a quem se confere a possibilidade de participar da construção do ato administrativo, ao invés de agir do modo imperativo tradicional.

---

<sup>3</sup> Art. 11, § 5º. A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a (...).

<sup>4</sup> Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...) § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

<sup>5</sup> Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

<sup>6</sup> Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

<sup>7</sup> Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte (...).

<sup>8</sup> Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte (...).

A utilização de modos consensuais na aplicação das sanções administrativas, não obstante, é pouco debatida na doutrina. Pode-se afirmar que ainda existem inúmeros desafios práticos e teóricos na sua afirmação como instrumento habitual de ação do poder público. Até porque a figura dos acordos substitutivos, estando no ponto de interseção entre o *cogente* e o *disponível*, apresenta inegáveis dificuldades de integração nas categorias jurídicas tradicionais do direito público/privado.

Propõem-se, como objeto do presente trabalho, a investigação desse mecanismo jurídico, seus fundamentos, suas características, suas principais espécies e seus limites. Isso tendo por premissa a instrumentalidade da sanção, ou seja, a noção de que a pena é um meio para a ordenação de condutas necessárias à comunidade, não um fim em si mesmo. Não há, assim, impeditivo para que as penalidades administrativas sejam objeto de transação pelo estado, especialmente quando estão disponíveis outros instrumentos, mais econômicos e eficazes, para o atingimento dos mesmos fins.

É de se ressaltar que o próprio processo administrativo sancionador não conta com uma regulação ou teorização adequada no direito brasileiro – não obstante a aplicação de sanções seja um mecanismo usual e rotineiro da administração, como forma de coibir comportamentos socialmente indesejados. Essa lacuna, por vezes, enseja a aplicação conflitante de categorias jurídicas de timbre autoritário, como a presunção de veracidade, a autoexecutoriedade e as infrações tipificadas por conceitos vagos, com institutos de viés mais democrático, como a presunção de inocência, a tipificação objetiva, a ampla defesa e o contraditório.

Se, de um lado, a administração é instada a adotar uma série de garantias no processo administrativo sancionador, análogas àquelas já consagradas no processo penal (de modo que procedimento passará a exigir maior tempo e recursos do estado), de outro, o poder público se apega a mecanismos autoritários, aparentemente mais céleres, mas que expõe o ato administrativo à anulação pelos órgãos de controle. Essa combinação de modelos incompatíveis entre si, lamentavelmente, acarreta prejuízos de toda espécie à administração, contribuindo para a desmoralização dos seus sistemas punitivos, a impunidade, o arbítrio, a ineficiência e a má-fé.

Entende-se que uma solução para o incremento da eficiência, da economia e da eficácia no cumprimento das sanções aplicadas pelos agentes administrativos não está na redução de direitos do cidadão, mas na flexibilização do modelo imperativo tradicional. Ou seja, propõe-se que o poder público poderia obter resultados mais favoráveis aos interesses públicos a partir de uma maior abertura à participação e à cooperação dos administrados, sem reduzir as garantias do processo administrativo sancionador.

Todavia, se, de um lado, a crescente utilização de instrumentos de cooperação para atingir suas finalidades públicas pode tornar a administração mais flexível e plural, com ganhos de qualidade e eficiência nas suas decisões; de outro, não se pode deixar de examinar com maior rigor os espaços disponíveis para a negociação, evitando uma ruptura com a previsibilidade, a segurança e a igualdade garantidas pelo ordenamento. A administração concertada indica um caminho que é, portanto, forçoso explorar.

## 2 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR – CAMPO TRADICIONALMENTE OCUPADO PELO ATO ADMINISTRATIVO UNILATERAL

### 2.1 A SANÇÃO COMO CATEGORIA GERAL DO DIREITO

Antes de entrar no exame das sanções administrativas propriamente ditas e sua identificação com o paradigma da administração imperativa, faz-se necessário discorrer, ainda que brevemente, sobre as sanções enquanto categoria geral do direito. Essa análise é relevante, pois permitirá distinguir a sanção administrativa de outras espécies de sanção, delimitando com melhor rigor o objeto do presente trabalho.

O direito é uma ordem normativa ou, mais precisamente, um sistema de regras que disciplinam a conduta dos sujeitos com o objetivo de conformá-las aos valores considerados relevantes pela sociedade. Estruturalmente, as normas são enunciadas na forma de prescrições e expressam a ideia de que um comportamento *deve* ocorrer de determinada maneira. Todavia, a ação de fato (aquilo que *é*) nem sempre corresponde à ação esperada (aquilo que *deve ser*) e, nesse caso, se o comportamento real não satisfaz o comportamento previsto diz-se que há infração à norma.

Sendo da natureza de toda prescrição a possibilidade de não vir a ser atendida, Hans Kelsen aponta que a função de toda ordem normativa é motivar as condutas dos indivíduos, fazendo com que se abstenham de ações que são consideradas nocivas e que executem aquelas que são consideradas úteis ao grupo<sup>9</sup>. É justamente diante da contingência do comportamento dos indivíduos que o ordenamento necessita de um conjunto de expedientes para motivar o cumprimento de suas normas, guardando-se contra as ações contrárias, ou estimulando as ações conformes à ordem pretendida.

---

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 21.

À motivação que o ordenamento estabelece ao cumprimento da norma dá-se o nome de *sanção*, que pode ser prevista de forma positiva ou negativa. Com efeito, o sistema normativo pode vincular a observância das condutas consideradas desejáveis a alguma vantagem (princípio da recompensa), ou a sua não observância a determinada desvantagem (princípio da punição). De acordo com a teoria de Kelsen, é o desejo da recompensa prometida ou o medo da punição que atuam como móvel da conduta dos sujeitos, assegurando que suas ações atendam à ordem estabelecida pela sociedade<sup>10</sup>.

Embora, a rigor, tanto o *prêmio* como o *castigo* estejam compreendidos na noção de sanção<sup>11</sup>, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, o mal – a privação de certos bens, como a vida, a saúde, a liberdade, o patrimônio, a honra – previsto como consequência de uma conduta reprovável. Até porque é especialmente na ameaça da punição que se guiam as ordens jurídicas, com mais frequência, para reprimir os comportamentos contrários àqueles desejados pela sociedade.

Para Bobbio, o ordenamento jurídico diferencia-se dos demais sistemas normativos precisamente pela natureza da sanção cominada face ao comportamento contrário, a infração, que conta com o reforço externo e institucional. Externo, por ser uma resposta do grupo (em oposição à sanção moral, que se limita a um sentimento interior), e institucional, pois a reação é regida por normas fixas e precisas (que, diferentemente das demais sanções sociais, não dependem dos humores do grupo e atendem a parâmetros claros de proporcionalidade entre a violação e a resposta)<sup>12</sup>. Em síntese, pode-se afirmar que a sanção jurídica é a resposta do ordenamento à infração, sendo sua imposição assegurada socialmente por intermédio de instrumentos institucionalizados.

Além desses distintivos, a sanção jurídica possui uma característica especial, que é a possibilidade de ser imposta mediante coerção. A previsão do uso da força não significa, contudo, que esta seja utilizada constantemente. As sanções jurídicas são medidas coercitivas apenas no sentido de que as restrições

---

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *Idem*, pp. 22-23.

<sup>11</sup> Sobre o tema das sanções premiais, ver os estudos de Norberto Bobbio reunidos na edição brasileira **“Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2011”.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2. ed. rev. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2003, p. 159.

cominadas pelo ordenamento jurídico podem ser impostas aos indivíduos contra a sua vontade e, se necessário, pelo emprego da força. Sanção e coação, portanto, não são sinônimos, sendo esta última apenas um artifício potencial.

Nesse sentido largo, as noções de ilicitude e sanção abrangem todos os ramos do direito, sendo possível cogitar de ilícitos penais, civis ou administrativos, sem que isso releve qualquer imprecisão teórica. De fato, todos os ilícitos são “substancialmente” idênticos, possuindo a mesma estrutura lógica, que abrange a *hipótese* (fato espécie, situação abstrata), o *preceito* (ordem, mandamento, comando), a *infração* (comportamento antijurídico, situação concreta) e a *sanção* (consequência fixada para o comportamento contrário à ordem).

Segundo Kelsen, porém, uma divisão fundamental poderia levar em conta o propósito das sanções. Enquanto a sanção penal é uma aflição aplicada em *retribuição* a uma violação ao ordenamento (ao mesmo tempo em que um meio de intimidação psicológica para a prevenção de futuros ilícitos), a sanção civil teria como finalidade a *reparação* estrita do prejuízo, se necessário, com a privação forçada do patrimônio do causador do dano. Ou seja, a retribuição penal visa à proteção do ordenamento e sua autoridade, ao passo em que a reparação civil visa à manutenção do equilíbrio patrimonial dos sujeitos. Mas, ainda que haja diferença de fim (aflição ou recomposição), a sanção civil não difere, estruturalmente, daquelas previstas no direito penal em seu domínio<sup>13</sup>.

Para o presente trabalho, não serão consideradas as sanções civis, ou seja, aquelas aplicadas com o propósito de reparação de prejuízos patrimoniais, conforme a classificação descrita acima, e que, via de regra, decorrem das obrigações contratuais ou da responsabilidade civil<sup>14</sup>. Interessa-nos, sobretudo as sanções aflitivas, estabelecidas imperativamente pelo estado no exercício do chamado *poder punitivo público*<sup>15</sup>, do qual despontam tanto as sanções penais

---

<sup>13</sup> Kelsen, Hans. *Idem*, p. 72.

<sup>14</sup> Vale destacar que o ordenamento brasileiro também prevê as chamadas “sanções civis-penais”, ou seja, sanções civis que vão além da mera obrigação de recomposição do dano, impondo uma certa retribuição aflitiva ao infrator. São as hipóteses da exclusão do herdeiro da sucessão pelos casos de indignidade (art. 1.814 do Código Civil), ou da revogação da doação por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo (art. 555 do Código Civil). Todavia, ainda que tais sanções possuam um cunho aflitivo, não se equiparam às sanções punitivas públicas, uma vez que visam, especialmente, à tutela de interesses patrimoniais individuais.

<sup>15</sup> Nesse sentido, Fábio Medina Osório identifica um *direito punitivo público*, que tem por função a regulação global dos valores sociais e que se subdivide nos ramos do direito penal e do direito



(impostas no exercício da função jurisdicional) como as administrativas (aplicadas no desempenho da função administrativa).

## 2.2 RENOVAÇÃO DA IMPORTÂNCIA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Entre as diversas funções da administração, encontra-se a de reprimir condutas praticadas por agentes públicos ou privados quando se depara com comportamentos considerados indesejados pela sociedade<sup>16</sup> – atividade tradicionalmente ligada à noção de poder de polícia<sup>17</sup>. Essas sanções são aplicadas e executadas pela administração, via de regra, unilateralmente, sobre aqueles que cometem infrações tipificadas em disposições legais, regulamentares ou mesmo contratuais.

O espaço para o exercício desse poder punitivo é amplo. Se de um lado, há sanções cominadas aos sujeitos determinados com os quais a administração mantenha relação *especial*, como os funcionários públicos, concessionários, estudantes de escolas públicas, militares e presos<sup>18</sup>; de outro lado, há o aspecto *geral* do poder administrativo sancionador, em que se busca reforçar a obrigação comum a todos de conformar sua conduta ao direito.

---

administrativo sancionador. Ambos, porém, teriam a função de garantir a ordem pública e o ordenamento jurídico globalmente considerado. (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 132).

<sup>16</sup> Alejandro Nieto assinala que “en principio, en todo derecho público están una potestad y un ordenamiento. Y cabalmente porque existen una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse con propiedad de un derecho administrativo sancionador”. (NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 4. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2008, p. 201).

<sup>17</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução: José Alberto Froes Cal. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 188.

<sup>18</sup> De acordo com Marcelo Madureira Prates, a especialidade da relação administrativa e, consequentemente, do direito administrativo sancionador está presente nas situações em que o sujeito: *i)* faz parte de uma estrutura administrativa hierarquicamente organizada, respondendo à sua disciplina interna, como os funcionários dos diferentes entes administrativos; *ii)* está ligado à administração por vínculo contratual, como os concessionários, ou utentes de serviços públicos; ou *iii)* faz parte de uma coletividade administrativa sujeita a regras próprias, como os alunos de escolas públicas. (PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 27).

Como destaca Marcelo Madureira Prates, enquanto as expressões do poder *administrativo sancionador especial* são limitadas e pessoais, alcançando apenas aqueles que, em regra voluntariamente, optam por estabelecer um vínculo específico com a administração, o *poder administrativo sancionador geral* é abrangente e inespecífico, incidindo sobre qualquer pessoa que esteja, em qualquer momento e independentemente da sua vontade, sob a condição de administrado (por exercer atividade sujeita à fiscalização da administração, por exemplo)<sup>19</sup>.

Atualmente, o direito administrativo punitivo tem um vasto campo de aplicação e vem assumindo um protagonismo cada vez maior no cenário jurídico nacional<sup>20</sup>. As sanções administrativas, no entanto, ocupavam um espaço muito limitado no começo do século XX. Foi somente com a despenalização de condutas consideradas de menor potencial ofensivo e a necessidade de ampliar a regulação da economia, que se estendeu o terreno de incidência das sanções administrativas<sup>21</sup>.

Segundo Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández os ordenamentos ocidentais passaram por um processo de despenalização durante o século XX, que transferiu dos juízes para a administração a repressão das infrações de menor gravidade<sup>22</sup>. A ampliação dos poderes sancionadores nas mãos das administrações públicas se tornou, então, um caminho sem volta, seja pelas consequências desastrosas que ocorreriam com o congestionamento do poder judiciário, seja porque tais funções sancionatórias se tornaram instrumentos necessários à função administrativa<sup>23</sup>.

Demais, desde que o estado perdeu o seu caráter eminentemente absenteísta e foi chamado a desempenhar um maior número de funções – estendendo a sua atuação a áreas econômicas que antes lhe eram vedadas – a administração passou a utilizar, com maior frequência e intensidade as sanções

---

<sup>19</sup> PRATES, Marcelo Madureira. *Op. Cit.*, p. 28.

<sup>20</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 82.

<sup>21</sup> LAUBADÈRE, André de. **Traité de Droit Administratif**. 16. ed. Atualizado por Yves Gaudemet. vol. I. Paris: LGDJ, 2001, p. 646.

<sup>22</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. *Op. Cit.*, p. 189.

<sup>23</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 93.

punitivas<sup>24</sup>. Com efeito, a Constituição de 1988 consagrou a posição do estado como “agente normativo e regulador da atividade econômica” lhe conferindo as “funções de fiscalização, incentivo e planejamento” (art. 174).

Regular a economia, no conceito de Vital Moreira, implica “o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos políticos<sup>25</sup>”. É certo que o exercício da função punitiva possui grande importância dentro desse conjunto de atividades que compõe a função de regular uma dada atividade econômica. Como observa Floriano de Azevedo Marques Neto, a punição constitui um requisito de eficácia da atividade regulatória, bem como um meio de afirmação frente aos atores privados. Sem a ameaça potencial de sanção, fragiliza-se a autoridade regulatória, ao passo que, sem perceber a capacidade coercitiva do regulador, sentem-se desamparados os administrados<sup>26</sup>.

O direito administrativo tem sido amplamente direcionado para a regulação de atividades ligadas à esfera econômica, como o exercício abusivo do poder econômico, a defesa da concorrência, a disciplina da liberdade de empresa, bem como a função social estabelecida constitucionalmente para tais liberdades<sup>27</sup>. Daí a multiplicidade de órgãos e entes administrativos que exercem, atualmente, competências sancionadoras nos mercados, abrangendo as administrações diretas e indiretas, repartidas nos níveis federais, estaduais e municipais. Até por isso, não há hoje um único poder administrativo sancionador, mas sim vários poderes administrativos sancionadores, cada um com origem, justificação, limites próprios, ainda que compartilhem um núcleo jurídico semelhante<sup>28</sup>.

Como exemplo desse largo espaço para a atividade punitiva da administração pode-se citar, no direito brasileiro, as sanções aplicadas pelos órgãos de defesa do consumidor (Decreto Federal nº 2.181/1997), pelas diversas

---

<sup>24</sup> PRATES, Marcelo Madureira. *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>25</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

<sup>26</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, jul./set. 2000, p. 356.

<sup>27</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004, p. 164.

<sup>28</sup> PRATES, Marcelo Madureira. *Op. Cit.*, p. 27.

agências reguladoras (disciplinadas, por exemplo, na Portaria nº 234/03 da ANP, na Resolução nº 442/04 da ANTT e na Resolução nº 589/12 da ANATEL) pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Lei Federal nº 12.529/11), pelo Banco Central do Brasil (Lei Federal nº 4.595/64), pela Comissão Valores Mobiliários (Lei Federal nº 6.385/76), pelos órgãos de proteção ambiental (Decretos Federais nº 99.274/90 e nº 6.514/08), pelo fisco (Lei Federal nº 5.172/66), pelos órgãos de trânsito (Lei Federal nº 9.503/97) e, também, pelos entes de autorregulação profissional, como a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906/94).

### 2.3 A SANÇÃO ADMINISTRATIVA EM OPOSIÇÃO À SANÇÃO PENAL

Como já se destacou, as sanções estabelecidas unilateralmente pelo estado abrangem tanto as sanções penais, como as sanções administrativas. Nosso objeto de estudo, porém, se concentra nas sanções administrativas, razão pela qual será necessário definir um critério que delimite, com maior precisão, essas duas espécies de sanções. Para os propósitos do presente trabalho, segue-se a corrente doutrinária que elege o critério subjetivo para a distinguir as sanções punitivas estatais, baseado no órgão estatal competente para aplicá-las<sup>29</sup>.

Enquanto as sanções administrativas são aquelas aplicadas pela *administração*, seguindo o regime jurídico de direito administrativo (de modo que a sanção, nesse caso, é ato administrativo editado no curso do processo

---

<sup>29</sup> Nesse sentido: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33; HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Seleção Histórica, p. 15-21, 1991, p. 15; FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 32 (entendimento mantido, embora com algumas ressalvas, na sua obra mais recente: **Teoria Geral da Infração Administrativa**. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 188); VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34; MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Aplicação do Direito Administrativo Sancionador nos Julgados do CRSFN*. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, vol. 30, 2005, p. 327; REALE JR., Miguel. *Ilícito administrativo e o ius puniendi geral*. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). **Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 95; e BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 865.

administrativo), as sanções penais são aquelas aplicadas pelo *judiciário*, seguindo o regime do direito penal (sendo a pena fixada em sentença precedida do processo judicial)<sup>30</sup>. Essa distinção, meramente subjetiva, se baseia na falta de elementos que permitam uma diferenciação substancial entre os ilícitos administrativos e penais.

Sobre a identidade entre infrações administrativas e penais, Nelson Hungria observa que a ilicitude jurídica é *una*, do mesmo modo que o dever jurídico é um só na sua estrutura lógica. Assim, “não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas critérios de conveniência e oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço<sup>31</sup>”. Se existem espécies de sanções penais que o direito administrativo desconhece (como as penas restritivas e privativas de liberdade), nem por isso, as sanções administrativas deixam de ser penas, com o mesmo caráter de resposta socialmente organizada ao ato ilícito<sup>32</sup>.

A sanção penal, de acordo com Carlos Ari Sundfeld, pode ser diferenciada das demais sanções estatais por exigir um procedimento judicial mais rigoroso, cercado de cautelas voltadas à garantia do mais amplo direito de defesa. Contudo, não são os fatos punidos que caracterizam as sanções penais ou administrativas. Até porque “há fatos, como o contrabando, que ensejam a aplicação de sanção tanto penal quanto administrativa: sua peculiaridade está ligada ao procedimento que exige<sup>33</sup>”.

Há, em verdade, uma identidade material entre sanção administrativa e sanção penal, vez que a pena é, nas duas figuras, um mal infligido por lei em face do ilícito, ao mesmo tempo em que um meio de intimidação psicológica em vista da sua prevenção. Assim, como assinala Rafael Munhoz de Mello, o traço que

---

<sup>30</sup> Daí porque, como observa Daniel Ferreira, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/92) não trata de sanções administrativas propriamente ditas, uma vez que: *i*) a investigação das condutas se dá no curso do processo judicial; *ii*) o processo é presidido por autoridade judicial; e *iii*) a aplicação da sanção se resolve, ao final, por uma decisão judicial. (FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa**. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 192).

<sup>31</sup> HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Seleção Histórica, pp. 15-21, 1991, p. 15.

<sup>32</sup> HUNGRIA, Nelson. *Idem*, p. 17.

<sup>33</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. A Defesa nas Sanções Administrativas. **Revista de Direito Público**, Rio de Janeiro, n. 84, pp. 99-106, 1987, p. 99.

identifica a sanção administrativa é apenas o *elemento subjetivo*, que traz consigo o *regime jurídico* da atividade administrativa:

Logo, é o elemento subjetivo que permite diferenciar a sanção administrativa das demais sanções jurídicas, em especial da sanção penal. (...) É que ao atribuir à Administração Pública competência para impor a sanção administrativa, a lei determina que tal atividade sancionadora seja praticada no exercício da função administrativa, que se diferencia das demais funções estatais, inclusive da jurisdicional, por força do seu regime jurídico. Os atos praticados no exercício da função administrativa têm um regime jurídico próprio, distinto dos atos praticados no exercício das funções jurisdicional e legislativa. Ainda que materialmente sejam idênticas as atividades – o julgamento proferido num processo judicial e o proferido num processo administrativo, p. ex. -, do ponto de vista jurídico há diferença entre a manifestação da função administrativa e a manifestação das demais funções estatais<sup>34</sup>.

No mesmo sentido é o entendimento de Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, para quem a sanção administrativa corresponde a um mal (a privação de um bem, de um direito) infligido pela administração ao administrado como consequência de uma conduta ilegal. As sanções administrativas se diferenciam, dessa forma, das sanções penais unicamente pela autoridade que as impõe: enquanto as sanções administrativas são aplicadas pela administração, as sanções penais são aplicadas pelos tribunais<sup>35</sup>.

Alguns autores, porém, defendem o entendimento contrário, buscando um critério que possibilite uma distinção “ontológica” entre os ilícitos administrativos e penais. Em que pese as dificuldades inerentes às simplificações, podem-se agrupar essas teorias em duas correntes principais: *i)* aquelas que elegem um critério *qualitativo*; *ii)* e aquelas que indicam um critério *quantitativo* como diferencial entre os dois tipos de sanções<sup>36</sup>.

A primeira delas, vislumbrando uma diferenciação *qualitativa* entre os ilícitos administrativos e penais, afirma que o *discrímen* estaria no conteúdo das normas, sobretudo no que toca aos interesses jurídicos protegidos. Nas normas que cominam sanções administrativas, buscar-se-ia proteger os interesses e valores da

<sup>34</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. O Regime Jurídico das Sanções Administrativas. **Revista Eletrônica de Estudos Jurídicos da OAB-PR**, Curitiba, n. 4, 2009. Disponível na Internet: < <http://admin.oabpr.org.br/revistaeletronica/?secao=revista04>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016, p. 150.

<sup>35</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. *Op. Cit.*, pp. 187/188.

<sup>36</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.

própria administração, ao passo que a sanção penal teria uma vocação geral, abrigando valores culturalmente arraigados na sociedade. Em outras palavras, enquanto o direito penal se ocuparia dos interesses mais relevantes da coletividade, a sanção administrativa focaria nos interesses diretamente ligados ao funcionamento da administração. É esse o entendimento, por exemplo, de Hely Lopes Meirelles, que vislumbra a sanção administrativa como medida de autotutela da administração<sup>37</sup>.

Essa distinção, todavia, pode ser criticada, porque o regime jurídico administrativo também se ocupa de questões do interesse geral e não apenas dos interesses vinculados ao bom andamento das questões administrativas. Dessa forma, não seria correto afirmar que apenas as infrações penais possuem como vocação a proteção dos interesses gerais, mais diretamente relacionados aos valores sociais. Demais, tanto as normas de direito administrativo como as normas penais são normas jurídicas, editadas com a finalidade de tutelar interesses jurídicos, não havendo sanções mais ou menos relevantes do ponto de vista do direito.

Outro critério, por vezes sustentado, é aquele segundo o qual as sanções penais seriam *quantitativamente* distintas das sanções administrativas. De acordo com essa distinção, as primeiras teriam alta carga de moralidade, enquanto as segundas seriam dirigidas apenas aos ilícitos de menor potencial ofensivo. Vale dizer, o ilícito administrativo seria um *minus* em relação ao ilícito penal. Esse é o entendimento, por exemplo, de Heleno Cláudio Fragoso, que considera haver apenas diferença de grau entre os ilícitos penais e administrativos, tendo por base a gravidade da ofensa aos interesses do corpo social<sup>38</sup>.

Tal critério também é passível de objeções. Ainda que o direito penal comumente trate de questões mais caras à moral e à ética, pode-se aceitar essa associação apenas como regra geral, não como critério absoluto – especialmente na atualidade, quando o direito penal já não se ocupa, exclusivamente, das questões ligadas aos valores mais caros da sociedade. Com a proliferação de ilícitos penais, por vezes esse regime jurídico atinge condutas que não seriam

---

<sup>37</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 172.

<sup>38</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 10.

imediatamente reprováveis. O inverso também é verdadeiro, tendo o direito administrativo sancionador passado a proteger questões profundamente ligadas à moral e à ética, como no campo dos ilícitos ambientais (Decreto Federal nº 6.514/08) ou dos atos de “corrupção” (Lei Federal nº 12.846/13).

As teorias que buscam estabelecer uma distinção substancial entre as infrações administrativas e penais, além se mostrarem objeto de críticas no plano teórico, possuem pouca utilidade prática, uma vez que tendem a ser desconsideradas pelo legislador, que ora coloca bens jurídicos sob a proteção da lei penal, ora sob a proteção das leis administrativas<sup>39</sup>. A principal diferença entre as sanções administrativas e penais reside, pois, na autoridade encarregada da sua aplicação e, conseqüentemente, no regime formal de sua imposição.

O reconhecimento de uma mesma lógica punitiva nas sanções administrativas e penais, de outro lado, não só é mais consistente do ponto de vista teórico, como enseja a ampliação do sistema de garantia dos acusados no plano prático. É, por exemplo, o que propõe a chamada teoria do *ius puniendi* do estado, que se baseia na inexistência de diferenças “ontológicas” entre os ilícitos administrativos e penais para defender um regime jurídico comum para as sanções aflitivas, tomando de empréstimo o conjunto de garantias historicamente já consagradas no direito penal<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández observam que todos os esforços para dotar as sanções administrativas de alguma consistência própria fracassaram. Somente razões de política criminal explicam as várias opções, frequentemente contraditórias, do legislador em favor de uma ou outra das vias punitivas. (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. *Op. Cit.*, p. 190). Não obstante, é possível que haja tendências em termos de política punitiva no que toca à repartição dos ilícitos administrativos e penais. Contudo, como assinala Fábio Medina Osório, isso não significa que existam espaços demarcados por critérios qualitativos, salvo excepcionais situações contempladas na Constituição, que elege determinadas situações de obrigatoria tipificação penal ou, ao contrário, de sua vedação. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 124).

<sup>40</sup> Nesse sentido, Rafael Munhoz de Mello afirma que o poder punitivo estatal é *uno* e pode se manifestar tanto por meio de sanções penais (impostas no exercício da função jurisdicional) como pelas sanções administrativas (impostas no exercício da função administrativa). “É dizer, tanto a sanção penal como a administrativa são manifestações de um mesmo poder estatal, o *ius puniendi*. Daí se falar em unidade do poder punitivo estatal, poder que abrange tanto as sanções penais (direito penal) como as sanções administrativas (direito administrativo sancionador)”. (MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, p. 45). Contrário ao discurso do *ius puniendi* estatal, Fábio Medina Osório considera que essa construção esbarraria em dificuldades de ordem prática e teórica, visto que os regimes jurídicos do direito penal e do direito administrativo sancionador são efetivamente distintos, uma vez que seus ilícitos recebem tratamentos substancial e processual diversos. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 127).



Todavia, independentemente da aceitação da teoria do *ius puniendi* estatal, é de se reconhecer que, no direito brasileiro, a semelhança material entre as sanções punitivas estatais permite o compartilhamento dos direitos constitucionais relacionados aos acusados em geral. Como destaca Fábio Medina Osório, a Constituição de 1988 limita, a um só tempo, o exercício de qualquer pretensão punitiva do estado<sup>41</sup>. A aplicação das sanções penais e administrativas deve atentar aos princípios fundamentais de proteção do sujeito dispostos no art. 5º, como, por exemplo: *i)* o princípio da anterioridade (inc. XXXIX); *ii)* o princípio da irretroatividade (inc. XL); *iii)* o princípio da presunção de inocência (inc. LVII); *iv)* o princípio do contraditório e ampla defesa (inc. LV); *v)* e o princípio da licitude das provas (inc. LVI)<sup>42</sup>. Ou seja, ainda que não compartilhem o mesmo regime jurídico, não se pode negar a existência de um terreno comum às atividades sancionadoras do estado, pelo qual se reconhece algumas garantias de aplicação cogente tanto nas sanções penais, como nas sanções administrativas<sup>43</sup>.

A afirmação desse núcleo comum às sanções públicas, com efeito, não afasta a autonomia do direito administrativo. Embora haja certas garantias tradicionalmente ligadas ao direito penal que são extensivas ao exercício do poder sancionador administrativo, não é certo afirmar que ambos são regidos por um regime jurídico único, destinando tratamento unitário às diversas manifestações da função punitiva do estado. Em outras palavras, se há uma unidade lógica nas sanções aplicadas pelo estado, há, porém, uma dualidade de regimes<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Aqui é necessário fazer uma observação quanto ao entendimento desse autor. Embora Medina Osório rejeite a existência de distinção substancial entre sanções penais e administrativas, esse autor também não aceita a adoção de um critério eminentemente subjetivo na definição das sanções administrativas. Isso porque, no seu entendimento, haveria situações em que o judiciário aplicaria sanções de direito administrativo no bojo do processo judicial, como, por exemplo, nas ações de improbidade previstas na Lei Federal nº 8.429/92, ou no âmbito da tutela dos direitos da infância e da juventude, nos termos da Lei Federal nº 8.069/90 (OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, pp. 84, 95 e 134).

<sup>42</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 80.

<sup>43</sup> FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86. Também esse autor rejeita a teoria do *ius puniendi* estatal. Embora Daniel Ferreira reconheça que essa doutrina resolveria a questão de um regime jurídico mínimo e comum entre as sanções penais e administrativas, entende que tal concepção poderia prejudicar a autonomia institucional desses ramos do direitos.

<sup>44</sup> Um exemplo eloquente desse entendimento é o art. 20 da Lei Federal nº 12.846/13, que permite ao judiciário a aplicação subsidiária das sanções administrativas ali previstas, uma vez constada a omissão das autoridades originalmente competentes. É dizer, embora as sanções punitivas sejam as mesmas, elas podem ser aplicadas por órgãos diversos, segundo seu próprio regime jurídico.

Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld entende que a sanção penal se diferencia das demais sanções por exigir o procedimento judicial cingido de todas as cautelas voltadas à garantia da mais ampla defesa, sobretudo porque, em princípio, se destina à aplicação de sanções mais graves, como a restrição da liberdade (cuja execução está constitucionalmente reservada à autoridade jurisdicional)<sup>45</sup>. A sanção administrativa, ao contrário, está ligada ao regime jurídico administrativo, sendo imposta por meio do processo administrativo, por agentes pertencentes aos quadros da administração.

Enfim, são dois os aspectos que não de se considerados a respeito das sanções administrativas: *i)* em primeiro lugar, o aspecto administrativo, uma vez que se está diante de um fenômeno jurídico realizado no campo da função administrativa; e *ii)* o aspecto sancionador, o que exige do intérprete considerar que tais poderes são matizados pelas garantias “penais”, sem, contudo, deixar de ser um fenômeno do direito administrativo<sup>46</sup>. As potestades sancionadoras administrativas e penais obedecem, por certo, a um núcleo de garantias constitucionais comuns, mas nem por isso escapam aos seus regimes jurídicos próprios.

## 2.4 PODER DE POLÍCIA, ADMINISTRAÇÃO AUTORITÁRIA E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Vista como um instrumento necessário para a manutenção da ordem pública, a atividade punitiva da administração é tradicionalmente vinculada à noção de *poder de polícia*, arquétipo da atuação administrativa unilateral e coercitiva. Com efeito, é no exercício do poder de polícia que a administração expressa com mais veemência a sua face imperativa<sup>47</sup> e seus poderes exorbitantes, entre eles, a

---

<sup>45</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.*, p. 80.

<sup>46</sup> PRATES, Marcelo Madureira. *Op. Cit.*, p. 30.

<sup>47</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 352.

atividade sancionatória<sup>48</sup>. Demais, é nesse campo que a autoridade estatal se estende à totalidade dos sujeitos (*relações gerais*), ensejando a aplicação de sanções mesmo àqueles que estão fora da hierarquia administrativa (*relações especiais*)<sup>49</sup>.

No direito administrativo do início do século XX, o poder de polícia estava fundamentado na preservação do “bom estado da coisa comum” (*guter stand des gemeinwesens*). Seu exercício, no dizer de Otto Mayer, era realizado por meio de tudo aquilo que a administração julgasse necessário para o fortalecimento da comunidade contra os acometimentos dos indivíduos – se necessário, pelo uso da força<sup>50</sup>. As ações próprias do poder de polícia, nesse modelo, são a imposição unilateral, o comando e a coerção, competências que seriam inerentes à ideia de *autoridade pública* (*obligkeitliche gewalt*)<sup>51</sup>.

Na teorização de Maurice Hauriou, o poder de polícia seria realizado, sobretudo, a partir de dois instrumentos: *i*) a edição de regulamentos; *ii*) e os atos de coerção. Pelo primeiro, a administração poderia editar regras gerais, ou pessoais, tendo em vista a organização ou preservação da paz social; pelo segundo, poderia empregar a força, ou infligir um mal, de maneira preventiva ou corretiva, para assegurar a efetividade das suas determinações. Enquanto manifestação do *poder público* (*puissance publique*), decorrente da própria

---

<sup>48</sup> “Ce pouvoir d’une autorité étrangère à l’ordre des juridictions pénales est évidemment très exorbitant et constitue une forme extreme des prérogatives susceptibles d’être reconnues à l’administration”. (LAUBADÈRE, André de. *Op. Cit.*, p. 645).

<sup>49</sup> Como observa Diogo Figueiredo Moreira Neto, “no desempenho da atividade de polícia, dá-se a aplicação de uma sanção externa, ou extroversa, modalidade que a Administração pode impor a todos os administrados, em geral, em posição à sanção interna, ou introversa, que recai apenas sobre servidores públicos. São, ambas, espécies do gênero sanção unilateral, imposta imperativamente pelo Poder Público”. (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 443).

<sup>50</sup> “Le mot police signifiait le bon état de la chose commune, ce que doit être le but de l’autorité publique. (...) En arrivant aux temps modernes, la police prend un essor puissant; c’est même elle qui caractérise l’Etat dans tous ses rapports avec le sujet ; (...) tout ce qui peut être fait pour raffermir à l’intérieur et consolider la chose commune, est de la police (...) de plus, tout ce que l’autorité peut juger salubre peut être maintenant réalisé par elle, au besoin par la force. (...) La police est l’activité de l’Etat en vue de défendre, par les moyens de la puissance d’autorité, le bon ordre de la chose publique contre les troubles que les existences individuelles peuvent y apporter”. (MAYER, Otto. **Le Droit Administratif Allemand**. vol. II. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904, pp. 2-7).

<sup>51</sup> MAYER, Otto. *Idem*, p. 5.

soberania do estado, a administração poderia impor aos particulares o cumprimento de suas próprias decisões<sup>52</sup>.

Para Hauriou, o governo e a administração seriam impossíveis sem o *imperium*, que compreende tanto o poder de dar ordens, como o poder de fazê-las executar<sup>53</sup>. Daí porque, para esse autor, o direito administrativo é um direito de pessoas desiguais, detentoras de *poder*, e que estariam em posição de *dominação* sobre os sujeitos privados<sup>54</sup>. Assim, enquanto o direito privado disciplinaria as relações baseadas na paridade, na negociação e no consenso, o direito público teria por objeto as relações de hierarquia, poder e sujeição.

Esse é o modelo teórico em que, originalmente, se localizam as sanções aplicadas pela administração, também chamado de “sanções de polícia”, ou “direito penal de polícia” (*polizeistraf*)<sup>55</sup>. A aplicação da sanção, ou sua ameaça, era, a cima de tudo, um meio de reforço ao cumprimento das determinações estabelecidas pelo poder público no exercício das suas atividades de preservação da paz social ou do bom estado da coisa comum. Demais, a abertura e a proeminência dos poderes de polícia os tornavam instrumentos sobremaneira agressivos nas esferas jurídicas dos particulares.

Nas palavras de Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, o direito penal de polícia é uma persistência difícil de ser explicada na atualidade. Trata-se, de um modelo repressivo “pré-beccariano”, que não compartilha, nem mesmo, dos refinamentos técnicos do direito sancionador moderno. As infrações administrativas, nesse paradigma, são tipificadas por conceitos jurídicos indeterminados (segurança, tranquilidade, moralidade, salubridade etc); há um alto grau de discricionariedade no exercício da autoridade; as penas são aplicadas

---

<sup>52</sup> HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 8. ed. Paris: Librairie de la Société du recueil Sirey, 1914, pp. 23 e 517-518.

<sup>53</sup> “(...) de la nature même des choses, le gouvernement et l'administration étant impossibles sans l'imperium et l'imperium comprenant à la fois le pouvoir de donner des ordres et celui de les faire exécuter”. (HAURIOU, Maurice. *Idem*, p. 48).

<sup>54</sup> “Le droit administratif est le droit de personnages puissants qui sont les administrations publiques (...); ces personnages, si l'on n'envisage que la sphère administrative, et si l'on fait abstraction des équilibres constitutionnels, sont plus puissants que les administrés, ils ont sur ceux-ci des pouvoirs de domination, autrement dit des pouvoirs de puissance publique”. (HAURIOU, Maurice. *Idem*, p. VII).

<sup>55</sup> “La peine [de police] est un mal infligé à un sujet par la puissance publique à raison d'une conduite répréhensible. Elle a lieu spécialement dans le cas où ta conduite est répréhensible pour le motif qu'elle est considérée comme un trouble du bon ordre de la chose publique; comme un fait contraire à la police”. (MAYER, Otto. *Op. Cit.*, p. 82).

mediante presunção de veracidade; a sua execução, via de regra, é imediata; e existem barreiras à interposição de recursos, como a exigência de pagamento prévio (*solve et repete*) e a possibilidade da *reformatio in pejus*<sup>56</sup>.

No direito administrativo do século XXI, o regime jurídico de aplicação das sanções de competência da administração, por certo, não é compatível com o modelo de poder de polícia do início do século XX. Em que pese essa dificuldade de harmonização, alguns autores optam por manter as sanções administrativas nos quadros do poder de polícia, embora com ressalvas, de modo a adaptá-lo à ordem constitucional contemporânea.

Nesse sentido, por exemplo, Odete Medauar entende que o instituto do poder de polícia deve ser preservado, ainda que as sanções administrativas sejam, hoje, temperadas pelo estado de direito, pelos direitos fundamentais e pelas garantias do contraditório, ampla defesa e da legalidade<sup>57</sup>. Marçal Justen Filho, da forma semelhante, entende que as sanções administrativas são inerentes ao poder de polícia. A sua aplicação, porém, estaria sujeita a um regime jurídico semelhante ao direito penal, com as garantias da tipicidade (previsibilidade da ilicitude), proporcionalidade (adaptação da sanção à gravidade da conduta), culpabilidade (vedação da responsabilização objetiva) e da efetiva comprovação do ilícito (não se admitem sanções baseadas em indícios ou presunções)<sup>58</sup>.

Fábio Medina Osório, de outro lado, propõe o recorte da atividade sancionadora da administração da figura do poder de polícia, uma vez que essa função estaria sujeita a princípios específicos, mais próximos do direito penal. Embora as sanções administrativas tenham sua origem no poder de polícia, a flexibilidade e a elasticidade dos poderes de autoridade presentes neste campo aplicar-se-iam melhor apenas às medidas acautelatórias e ao condicionamento de direitos. Assim, enquanto as atividades de polícia deveriam se ocupar da disciplina dos bens e das liberdades dos particulares, o direito administrativo sancionador ocupar-se-ia dos poderes repressivos<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. *Op. Cit.*, p. 191.

<sup>57</sup> MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, pp. 355-361.

<sup>58</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 608-619.

<sup>59</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, pp. 107-112.

Outros, como Carlos Ari Sundfeld, entendem que toda a construção do poder de polícia deveria ser rejeitada. Trata-se de um conceito “terrivelmente problemático”, sobretudo pelo seu timbre autoritário; demanda tantos esclarecimentos, que já não favorece o diálogo<sup>60</sup>. Em substituição, sugere-se a adoção de uma nova sistematização para as atividades regulatórias do poder público, por meio da noção de “administração ordenadora”. Tal conceito seria utilizado para designar a parcela da autoridade administrativa responsável pela disciplina do comportamento dos particulares, que seria realizada dentro dos limites legais e constitucionais<sup>61</sup>.

É interessante observar que os esforços de requalificação do regime jurídico das sanções administrativas, embora relevantes do ponto de vista teórico e prático, não alteram um dado fundamental: as sanções administrativas continuam sendo um campo, tradicionalmente, ocupado pelo *ato administrativo unilateral*. Diante do direito administrativo contemporâneo, no qual são valorizadas a participação democrática, o consenso dos particulares e a racionalização das atividades estatais, a questão que se coloca diz respeito à possibilidade de que as autoridades se valham dos *acordos* também no campo do direito sancionador.

O problema atinente a esse modo de ação administrativa se torna relevante, especialmente, quando se constata o baixo grau de eficiência e eficácia no cumprimento das sanções aplicadas pelos agentes administrativos – ocasião em que setores da sociedade se apressam a renovar a tese de que o aumento dos direitos dos acusados implica aumento da impunidade. Seria o caso de reduzir as garantias do processo administrativo sancionador, em um retorno ao exercício do poder de polícia tradicional? Ou seria o caso de buscar o incremento da eficiência e da eficácia da ação administrativa na flexibilização do modelo imperativo, a partir de uma maior abertura à participação e à cooperação dos administrados?

Os acordos no campo do direito administrativo sancionador referem-se à possibilidade de renúncia da aplicação de uma sanção, ou mesmo do processo administrativo, em favor da edição de um ato administrativo bilateral, com a negociação do seu conteúdo. Dessa forma, ao invés de agir do modo imperativo tradicional, o poder público adota meios de cooperação com o particular, a quem

---

<sup>60</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.*, pp. 11-17.

<sup>61</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Idem*, p. 20.

se confere a possibilidade de participar da construção do provimento administrativo, ou ainda, de auxiliar na obtenção de informações, tornado a administração mais flexível e democrática, com incremento de qualidade e eficiência nas suas decisões.

É sob esta perspectiva que se fundamenta o presente trabalho. De fato, a abertura do direito administrativo sancionador aos atos administrados bilaterais pode superar determinadas disfuncionalidades encontradas na atuação pública imperativa, fornecendo instrumentos capazes de fortalecer a capacidade de ação do estado ao mesmo tempo em que são preservadas as garantias fundamentais dos acusados em geral. Embora o ato administrativo unilateral continue à disposição do poder público, como mecanismo de indiscutível utilidade, os efeitos positivos dos acordos não podem ser desconsiderados<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> PALMA. Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 13.

### 3 A ABERTURA CONSENSUAL NO DIREITO PÚBLICO E OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

#### 3.1 O CONSENSO NAS RELAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO

No século XIX, como ressalta Almiro do Couto e Silva, as linhas entre o direito público e o direito privado eram bem marcadas. As atividades da administração na perseguição do bem comum eram realizadas por instrumentos típicos do direito público, especialmente os atos administrativos, cuja principal característica é a imposição de deveres por decisão unilateral da autoridade competente. Alegava-se, então, que a relação jurídica de direito público era de *subordinação* e não de *cooperação*, esta própria da relação jurídica de direito privado<sup>63</sup>.

A própria ideia de um *negócio* em que o poder público fosse parte suscitou controvérsias, de modo que os elementos fundamentais de uma teoria dos contratos administrativos somente foram elaborados na primeira metade do século XX, pelas decisões do Conselho de Estado francês. Isso porque, de acordo com a doutrina da época: *i)* a administração não poderia celebrar negócios jurídicos em vista da posição de supremacia de que detinha em relação ao particular; *ii)* as relações entre a administração e particulares só nasceriam por intermédio dos atos administrativos; *iii)* e a necessidade de atendimento ao interesse público, por outro lado, impediria todo tipo de vínculo contratual estável com os entes privados<sup>64</sup>.

Com efeito, ainda hoje, a ação administrativa se realiza, tradicionalmente, por meio dos atos administrativos unilaterais, com a imposição da “vontade” do administrador. Por desenvolver atividades voltadas à realização do interesse público, consagrou-se o entendimento de que a administração deve contar com prerrogativas “exorbitantes”, sem correspondência no direito comum (*i.e.*, o direito civil). Tais prerrogativas permitiriam o estabelecimento de relações jurídicas

---

<sup>63</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Problemas Jurídicos do Planejamento. **Revista da PGE do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 27, pp. 133-148, 2003, pp. 138-139.

<sup>64</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 206-207.



independentemente do consentimento dos sujeitos privados, colocados em posição desigual frente à supremacia do poder público. Assim, enquanto o direito civil disciplinaria as relações baseadas na paridade e no consenso, o direito administrativo teria por objeto relações de hierarquia e sujeição.

Há, porém, um certo resquício autoritário na doutrina administrativa tradicional. Como observa Marçal Justen Filho, os chamados “atributos do ato administrativo” (tais como a imperatividade, a presunção de legitimidade e a auto-executoriedade) foram concebidos no final do século XIX e início do século XX, com forte influência em concepções políticas não democráticas<sup>65</sup>. De acordo com a doutrina publicista daquele período, o ato administrativo traduzia a soberania do estado, impondo-se ao particular pela utilização da força e da violência, se necessário<sup>66</sup>.

Segundo José Casalta Nabais, contudo, a ideia de que o direito público se refere apenas à aplicação dos atos de autoridade – atos em que o estado manifesta o seu *imperium* e impõe a sua autoridade sobre os indivíduos – está ultrapassada. Isso porque, além de se assentar em uma concepção redutora da administração, que a identifica com a administrativa autoritária, ela tem as suas raízes em um conceito de soberania incompatível com a realidade atual, construído sob preocupação de manter a “autoridade” do estado, que, temia-se, viesse a ser questionada se lhe fosse dada a possibilidade de se enredar nos caminhos dos negócios bilaterais<sup>67</sup>.

Pouco a pouco, porém, os métodos de ação do poder público têm mudado em direção a uma negociação mais explícita do ato administrativo e à propagação dos contratos no âmbito da formulação e execução das políticas públicas<sup>68</sup>. A tendência é valorizar os instrumentos que incluem a participação ativa dos

---

<sup>65</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 413.

<sup>66</sup> Para Marçal “o instrumental teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX. (...) A fundamentação filosófica do direito administrativo se relaciona com a disputa entre Léon Duguit e Maurice Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia e feição militar. (...) Em alguns temas, o conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na essência, o mesmo de um século atrás”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 102).

<sup>67</sup> NABAIS, José Casalta. **Contratos Fiscais**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 24.

<sup>68</sup> GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**. 2 ed. Paris: Presses de Sciences Po, 2007, p. 7.

particulares na busca dos interesses públicos, ao invés das antigas práticas baseadas na autoridade e da imposição unilateral das decisões estatais. Uma das características mais importantes do estado contemporâneo, de acordo com Gaspar Ariño Ortiz, é sua condição de “estado contratual”, pela crescente utilização de instrumentos mais flexíveis e plurais, tradicionalmente associados ao direito privado, para atingir suas finalidades<sup>69</sup>.

Tem-se, então, um paradoxo: em tempos da chamada crise do contrato privado, verifica-se a valorização das formas contratuais no direito público. A contradição, no entanto, é apenas aparente, pois a crise da figura contratual no direito privado é, sobretudo, a desvalorização da ideia de contrato retirada do contexto oitocentista liberal, ligada à autonomia da vontade, à igualdade formal das partes e à rigidez do *pacta sunt servanda*. Para José Casalta Nabais não surpreende, portanto, que à medida que essa configuração foi sendo posta em causa pela realidade, houve uma aproximação entre os institutos dos direitos público e privado:

(...) o contrato, ao mesmo tempo que se via crescentemente submetido a uma forte modelação social (institucional) no seu terreno por excelência das relações jurídico-privadas, se [aventurou] nos domínios tidos por inacessíveis das relações jurídico-públicas, mercê da aliança de dois fenómenos em larga medida contraditórios: a crescente estatização da sociedade e a progressiva diminuição da autoridade do estado, ou seja, mais estado em extensão (quantidade) e menos estado em intensidade (qualidade)<sup>70</sup>.

A administração, de fato, vem utilizando com cada vez maior frequência e intensidade instituições jurídicas típicas do direito privado para a consecução das suas finalidades públicas. Como destaca Gustavo Binenbojm, a “privatização” da

---

<sup>69</sup> “Nos encontramos en un nuevo comienzo, en el que hay que pasar de un modelo de gestión burocrática y monopólica de los servicios, a un modelo de oferta plural y gestión privada de éstos, devolviéndole a los ciudadanos la libertad de elegir. Hoy se postula la actuación a través de empresas privadas y organizaciones no gubernamentales, capaces de asumir con mayor flexibilidad, con mayor eficacia y con mayor calidad, la satisfacción de las necesidades sociales (aunque sea, naturalmente con financiación estatal, o mixta: público-privada). (...) Así, se habla como una de las características más importantes del Estado actual, su condición de ‘Estado contractual’, apuntando a la utilización por el Estado de organizaciones privadas, con o sin ánimo de lucro, para el logro de sus fines públicos”. (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Org.). **Privatización y liberalización de servicios**. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999, pp. 25-26.

<sup>70</sup> NABAIS, José Casalta. *Op. Cit.*, p. 13.

atividade administrativa ocorre por várias formas, especialmente, sob a emergência do *gerencialismo* (que busca aplicar técnicas de organização e gestão empresariais privadas à administração pública), a substituição da atuação direta do estado na economia por *parcerias* com a iniciativa privada (pelas quais pessoas jurídicas não-estatais passam a explorar serviços públicos e atividades econômicas antes sujeitas a monopólio estatal) e pela *consensualidade*, que tem permeado cada vez mais as relações entre administrados e administração<sup>71</sup>.

No que toca à consensualidade, temática que mais se aproxima do objeto de investigação nesse trabalho, verifica-se que a administração passou a prestigiar a negociação com os destinatários das suas medidas, ao invés de seguir a orientação tradicional de criar obrigações por meio de decisões unilaterais. Essa orientação, no terreno da administração pública, gerou expressões como “administração por acordos”, “administração paritária”, “administração dialógica”, “administração consensual” e, ainda, “administração por contrato” – embora, cumpre ressaltar, a administração por meio de métodos consensuais não signifique, necessariamente, lançar mão da figura clássica do contrato administrativo<sup>72</sup>.

O modelo de administração consensual, com efeito, consiste em tomar decisões com a participação de particulares e outros interessados, especialmente sob a roupagem de *acordos*, *transações*, *ajustes bilaterais* ou *negócios jurídicos*. Subjacente a este modo de decisão, encontram-se as ideias de que a troca de pontos de vista, a cooperação, a formulação de soluções conjuntas, a discussão entre os vários sujeitos da atuação estatal e a negociação dos interesses envolvidos são preferíveis ao comando e à unilateralidade. A tendência de abertura do estado para a participação dos cidadãos, como se vê, é ampla e pode abranger os diversos momentos do processo administrativo (fases de instrução, de deliberação e de execução)<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20.

<sup>72</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 218.

<sup>73</sup> Conforme observa Justino de Oliveira, na fase preparatória do ato, a participação dos particulares pode ser usada para ampliar as informações disponíveis, através da exposição de fatos, estudos, pesquisas e opiniões que não são conhecidos da administração. Na fase decisória, a administração pode ensejar a participação dos interessados, de modo construir uma decisão negociada com o particular, tendo em vista a produção de um ato com conteúdo mais certo e mais adequado ao caso concreto. Já na fase executiva, a concretização do ato pode ocorrer por intermédio da

Como sintetiza Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a consensualidade no direito público significa a mitigação da sua imperatividade tradicional, com o alargamento do princípio da *coordenação* para locais antes regidos pelo princípio da *subordinação*. E há várias razões para isso. A abertura do direito administrativo para o uso de meios e formas consensuais contribuem para a governabilidade (eficiência), proporcionam maior garantia contra os abusos (legalidade), favorecem a composição dos interesses (justiça), aumentam o potencial criativo (colaboração), reduzem custos (economicidade), proporcionam decisões de maior qualidade (legitimidade), desenvolvem a responsabilidade dos cidadãos (civismo) e tornam os comandos estatais mais facilmente obedecidos (ordenação)<sup>74</sup>.

De fato, crescendo a complexidade dos temas disciplinados pelo poder público, bem como a velocidade das superações tecnológicas, exige-se a colaboração do particular com o estado, sob pena de tornar a ação administrativa ineficaz ou ineficiente. Moreira Neto capta essa tendência, ao observar que o importante, hoje, não é ter um estado grande, médio, ou pequeno, mas um estado *suficiente*<sup>75</sup>. Isso porque as exigências de racionalidade, de simplificação, de maior eficiência e de maior produtividade, podem ser obtidas mais facilmente quando há participação dos interessados nas decisões públicas.

### 3.2 AS DIVERSAS FACES DA ABERTURA CONSENSUAL

Há um nítido matiz pragmático no movimento de abertura consensual, que se relaciona à melhoria da gestão administrativa, tendo em vista que a atuação concertada tende a ser mais eficaz e eficiente no caso concreto quando comparada com os provimentos imperativos e unilaterais. Dentro dessa perspectiva, a participação dos administrados visa a superar determinadas disfuncionalidades da

---

cooperação do particular, gerando ganhos de efetividade na proteção ao interesse público. (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação Administrativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº 3, setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016, p. 16).

<sup>74</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 42.

<sup>75</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Idem, ibidem*.

atuação administrativa tradicional, fornecendo instrumentos capazes de incrementar a capacidade de ação do estado.

Contudo, o desenvolvimento das formas de ação consensual no direito público ocorre, também, sob outras frentes. Para Juliana Bonacorsi de Palma, além do viés *pragmático*, que se relaciona, sobretudo, à eficácia/eficiência da atuação administrativa, as relações administrativas também passam por transformações com viés *democrático*, caracterizadas pela maior participação popular na gestão pública. Nessa esteira, a atuação consensual da administração estaria mais fortemente relacionada à abertura do processo decisório às intervenções da sociedade, em valorização à participação cívica e democrática dos interessados nas deliberações públicas<sup>76</sup>.

Existe, ainda, uma relação entre o movimento de abertura consensual no direito público e o desenvolvimento do papel de regulação econômica assumido pelo estado. Com efeito, é especialmente em consequência dessas novas incumbências que a administração passou a prestigiar as formas consensuais, uma vez que atuação do estado na economia muito dificilmente lograria êxito se se limitasse a lançar mão dos instrumentos típicos, notadamente, o ato administrativo unilateral.

### 3.2.1 Cooperação, eficácia e eficiência

Nos anos 80, inicia-se um período de reformas administrativas tendentes a retomar a capacidade de ação dos estados, bem como a aumentar a eficiência das suas atividades no atendimento ao interesse público. Embora esse fenômeno tenha atingido alcance mundial, suas causas são distintas nos diversos países que se propuseram a seguir esse rumo de transformações. Grosso modo, os estados sociais (especialmente os Estados Unidos, os estados da *Commonwealth* e da Europa continental) passaram a ter dificuldades em manter a vasta rede de seguridade social em passo com seu crescimento econômico. Nos países

---

<sup>76</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 112.

socialistas, a reforma foi consequência do desmonte da União Soviética, bem como da necessidade de construir, sobre uma base praticamente inexistente, governos democráticos, sociedades civis ativas e mercados produtivos. Já nas sociedades latino-americanas, o modelo desenvolvimentista adotado no pós-guerra entrou em crise, ao que se somou o processo de redemocratização, com o fim dos regimes militares<sup>77</sup>.

Paralelamente a essas particularidades regionais, o fenômeno de globalização forneceu impulso adicional às reformas administrativas, com seus processos econômicos, políticos e comunicacionais que escapam aos instrumentos clássicos de controle pelos estados. De acordo com Luis Aguilar Villanueva, todos esses fatores conduziram a uma ruptura em relação à concepção tradicional das funções do estado, bem como nas relações entre o governo e a sociedade civil, que levaram a chamada reforma gerencial, ou nova gestão pública (*new public management*)<sup>78</sup>.

A partir da nova gestão pública, a função do direito administrativo passa, então, a corresponder à obtenção de resultados, no sentido do bom desempenho das competências estatais, por meio de instrumentos jurídicos que se mostrem eficazes e eficientes em relação às metas econômicas e sociais propostas. Como observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto, não basta que a ação administrativa produza resultados apropriados à satisfação das necessidades dos administrados (eficácia), mas deve alcançá-los com um mínimo de tempo e de recursos públicos à sua disposição (eficiência)<sup>79</sup>. Nessa esteira de reformas, a cooperação e o consenso figuram entre as técnicas propostas que, juntamente com outras medidas, visam à promoção de eficácia e eficiência na máquina administrativa<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> VILLANUEVA, Luis Aguilar. **Gobernanza y Gestión Pública**. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 137.

<sup>78</sup> VILLANUEVA, Luis Aguilar. *Idem*, p. 144.

<sup>79</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Tendências atuais do direito administrativo: a luta pelo controle do arbítrio do poder. **Fórum Administrativo - Direito Público**, Belo Horizonte, n. 90, 2008.

<sup>80</sup> De acordo com Christopher Pollitt e Geert Bouckaert, a nova gestão pública possui com uma de suas características principais a substituição das relações hierárquicas por relações contratuais e a ênfase nos resultados. Nas suas palavras, “the new public management is a bundle of specific concepts and practices, including: greater emphasis on ‘performance’, especially through the measurement of outputs; a preference for lean, flat, small, specialized (disaggregated) organizational forms over large, multi-functional forms; a widespread substitution of contracts for hierarchical relations as the principal coordinating device; a widespread injection of market-type mechanisms including competitive tendering, public sector league tables, and performance-related pay; an emphasis on treating service users as ‘customers’ and on the application of generic quality

De fato, é mais proveitoso à administração, cujas relações tradicionais se estabeleciam por meio de obrigações bipolarizadas, considerar os particulares não como adversários, ou meros sujeitos passivos da ação estatal, mas como seus colaboradores, estabelecendo relacionamentos negociados. Em outras palavras, a sociedade civil deixa de ser vista no polo antagônico ao poder público, mas como parceira, exercendo papel ativo na administração.

Evidentemente, como observam Rodrigo Pironti de Castro e Rodrigo Ochoa Figueroa, para que essa cooperação funcione, deve ser abrandada a relação de subordinação entre a administração e as entidades parceiras, em favor de vínculos mais horizontais. Sobretudo por meio de processos que permitam a negociação para a composição de eventuais divergências, ou desentendimentos entre as partes, aspecto que pressupõe certa paridade com os parceiros particulares – razão pela qual passou-se a empregar, comumente, o termo *administração paritária*<sup>81</sup>.

No Brasil, foi principalmente a partir dos anos 90 que se difundiram novas formas de negociação e cooperação entre o poder público e entidades privadas, como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que permitiram aos órgãos públicos a celebração do termo de ajustamento de conduta diante de eventuais infrações, a Emenda Constitucional nº 19/98, responsável pela introdução de instrumentos gerenciais na esfera administrativa<sup>82</sup>, a Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99), que garantiu a participação dos interessados no processo de decisão, e as Leis que disciplinam as parcerias público privadas em sentido amplo, como a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), a Lei das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/98), a Lei das Sociedades Cíveis de Interesse

---

improvement techniques" (POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. **Public Management Reform**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 10).

<sup>81</sup> CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; FIGUEROA, Rodrigo Ochoa. Breve ensaio sobre o consensualismo na Administração Pública e o contraponto entre o modelo burocrático e responsável ("gerencial"). **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 51, pp. 187-203, 2013, p. 198.

<sup>82</sup> Na exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 19/98, Luiz Carlos Bresser Pereira, Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, questionava "o Estado tutelador, executor direto e onipresente, mas ineficaz no seu desempenho, prisioneiro de estruturas burocráticas verticalizadas e orientadas pela cultura do controle, do formalismo e do tecnicismo burocrático. O novo Estado que desejamos será orientado pelo modelo da Administração Gerencial, mais ágil, flexível, com ênfase na eficiência, redução de custos, gestão flexível, participação e controle sociais".

Público (Lei nº 9.079/99), o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) e, posteriormente, a Lei das Parcerias Público Privadas (Lei nº 11.079/2004).

Sob essa perspectiva pragmática, a difusão de instrumentos consensuais visa a superar impasses da burocracia tradicional, frequentemente associada à edição de medidas equivocadas, excessivamente caras, potencialmente litigiosas e cujos processos de instrução, deliberação e execução, em regra, se arrastam demasiadamente no tempo. As relações mais paritárias, então adotadas pela administração, pretendem dinamizar e simplificar seu funcionamento nesses pontos, auxiliando o administrador a tomar uma decisão com *conteúdo* mais certo (aumento da qualidade), com maior *eficácia* (redução da litigiosidade) e *eficiência* (economia de recursos).

No que toca ao *conteúdo* do provimento administrativo, Gustavo Justino de Oliveira observa que a colaboração dos interessados amplia as possibilidades de angariar informações fáticas e técnicas, o que é essencial para o bom desempenho da função administrativa. Ao ensejar a obtenção de dados úteis por parte dos cidadãos, o órgão decisor estará melhor habilitado a editar um provimento administrativo mais acertado e mais justo, haja vista que a administração terá um conhecimento mais abrangente do panorama no qual a decisão será tomada<sup>83</sup>. Onofre Alves batista Júnior, no mesmo sentido, sustenta que a criação de mecanismos de coordenação favorece a tomada de melhores decisões administrativas, uma vez que suprem os déficits de conhecimento da máquina burocrática e auxiliam na seleção e no processamento das informações disponíveis, possibilitando um melhor tratamento das questões públicas<sup>84</sup>. Daí porque, visando a um melhor conteúdo das decisões, impende abrir os processos administrativos à participação dos interessados.

Além disso, a consensualidade traz maior *eficácia* para o ato administrativo, uma vez que as soluções elaboradas em conjunto tendem a reduzir a litigiosidade das decisões tomadas pelo poder público. Nesse ponto, Vitor Schirato e Juliana Bonacorsi de Palma assinalam que a adoção dos mecanismos consensuais pela

---

<sup>83</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação Administrativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº 3, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016, p. 15.

<sup>84</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 192-193.



administração garante maior vigor às relações jurídico-administrativas, uma vez que decisões formadas por consenso costumam ser menos desrespeitadas que as decisões impostas unilateralmente<sup>85</sup>. Também a análise histórica, segundo Calixto Salomão Filho, demonstra que as soluções adotadas de modo cooperativo trazem consigo um nível muito maior de cumprimento voluntário, o que dispensa a interveniência de terceiros<sup>86</sup>.

A celebração de um acordo administrativo, de fato, limita os riscos decorrentes da judicialização do conflito, uma vez que a transação, em princípio, leva ao cumprimento espontâneo do ato pelos seus compromissários. Não há qualquer vantagem para o interesse público em permitir que a relação entre o estado e o particular se detenha para a discussão, administrativa ou judicial, a respeito de um ponto conflituoso – o que pode se estender durante anos e, ao final, ter um desfecho indesejado. Demais, a pronta resposta à sociedade, confere à administração a afirmação de sua capacidade institucional para lidar com as questões de sua competência<sup>87</sup>.

Os atos consensuais, por fim, tendem a ser mais *eficientes* que os atos imperativos, permitindo que a administração economize recursos escassos, como o tempo e o dinheiro. Se, de um lado, a antecipação da solução mediante consenso faz com que o provimento administrativo produza, imediatamente, seus efeitos, abreviando o tempo do processo administrativo, de outro, elimina os custos e os esforços associados à implementação (*enforcement*) de uma decisão adotada sob o modelo imperativo. Os métodos consensuais garantem, ainda, a saúde dos contratos administrativos de prazo diferido, permitindo que os conflitos dele decorrentes não se prolonguem, mas sejam prontamente resolvidos de forma amigável. Com efeito, a adoção de técnicas participativas minimiza a instabilidade das relações contratuais, além de reduzirem os custos de transação na manutenção do pacto relacional<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade: Vinculação da Atividade Administrativa Consensual ao Direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 24, 2011. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016, p. 15.

<sup>86</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

<sup>87</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 284.

<sup>88</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Idem*, p. 284.

Até porque, como destaca Fernando Dias Menezes de Almeida, o regime autoritário nas relações administrativas é um estímulo à ineficiência do administrador, muitas vezes acomodado na facilidade de impor unilateralmente uma decisão – o que pode induzir a edição de atos insuficientemente planejados, com objetos mal dimensionados, ou com elementos que dificultam sua boa execução. Tais problemas implicam, ainda, a geração de relações mais onerosas para o erário, pois o custo adicional decorrente da incerteza gerada pela administração imperativa, evidentemente, estará incluído nos preços das contratações estatais<sup>89</sup>.

### 3.2.2 Abertura democrática, participação e consenso

No que toca ao viés democrático, a tendência consensual no direito público pode ser analisada como a ampliação do anseio de participação da sociedade civil, em oposição ao modelo autoritário que marcou a teoria tradicional – estruturada, especialmente, no predomínio da vontade administrativa. O consenso, de fato, tem estreita relação com a democracia, de forma que o processo de abertura do estado acarretou, naturalmente, a substituição de mecanismos de imposição unilateral por instrumentos participativos, baseados no diálogo entre os sujeitos envolvidos na ação pública estatal<sup>90</sup>.

Odete Medauar ressalta que, no caso brasileiro, foi somente a partir da Constituição de 1988 que a participação dos cidadãos nas esferas públicas passou a ganhar força, atenuando seu caráter unilateral e impositivo. Para Medauar, o declínio da vertente autoritária reflete uma nova disposição dos indivíduos e grupos, caracterizada pelo empenho em atuar de modo mais direto nas atividades administrativas. Isso porque, na ordem democrática atual, os cidadãos não mais aceitam a condição de meros sujeitos passivos das decisões do estado: “o indivíduo

---

<sup>89</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 344.

<sup>90</sup> MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 214.

evoluiu; o grau mais elevado de informação propiciado por maior instrução formal e pelos meios de comunicação de massa acarreta a vontade geral de ‘tomar a palavra’ ante a burocratização maciça das grandes organizações estatais”<sup>91</sup>.

Na administração pública contemporânea, que valoriza a democracia, o estado deve ensinar aos cidadãos o direito de participar no processo de tomada das decisões. Como observa Juliana Bonacorsi de Palma, o atual estágio das sociedades democráticas é marcado pela exigência de uma participação popular mais efetiva na administração, no sentido de que as contribuições apresentadas pelos particulares sejam verdadeiramente analisadas e consideradas na formação das suas decisões. Isto é, existe uma reivindicação para que os cidadãos participem da construção dos provimentos administrativos, especialmente nos casos em que detenham interesse mais imediato no seu conteúdo<sup>92</sup>.

Nos regimes democráticos, a administração deve garantir aos administrados o direito de participar das decisões administrativas, vale dizer, o direito de influenciar na decisão sobre a edição do ato unilateral. Mas a participação vai além disso. Já não basta a influência do particular para que se decida em determinado sentido: sua participação se dá na elaboração do conteúdo do provimento administrativo.

A rigor, o próprio modelo de democracia é questionado, passando-se a exigir maior participação direta dos cidadãos, em oposição à política representativa tradicional<sup>93</sup>. Sob esse viés, a tendência consensualista visa a incorporar a participação da sociedade no processo decisório, fomentando a abertura de canais de comunicação com o estado e aproximando os interessados no exercício das suas funções. A crise de legitimação do poder na democracia representativa, com efeito, enseja a ascensão da democracia participativa, na qual os indivíduos agem diretamente na definição dos rumos do estado, tomando posicionamento ativo no poder público. Reflexo da “democratização da democracia”, na expressão de Canotilho<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> MEDAUAR, Odete. *Idem*, p. 230.

<sup>92</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 134.

<sup>93</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Idem*, p. 130.

<sup>94</sup> “Democratizar a democracia através da participação significa, em termos gerais, intensificar a optimização da participação directa e activa de homens e mulheres (CRP. Art. 109º) no processo de decisão. Trata-se, pois, de acentuar aquilo que em ciência política se chama orientação de *input*.”

Mas não é só. A relação administrativa imperativa, baseava na oposição inconciliável entre o interesse público e o interesse privado, é enfraquecida diante da pluralidade de interesses que passam a ser ponderados e perseguidos pelo estado. De fato, já não é possível extrair da sociedade contemporânea um interesse público unívoco e inequívoco (um conceito próximo ao de “bem comum”, formulado por Rousseau), previamente identificado pela administração e que se imporia, em abstrato, sobre qualquer situação<sup>95</sup>. A administração, no seu agir, deve levar em consideração todos os interesses em jogo, que são multifacetados e, por vezes, contraditórios. Para Marçal Justen Filho:

Uma das características do estado contemporâneo é a fragmentação dos interesses, a afirmação conjunta de posições subjetivas contrapostas e a variação dos arranjos entre os diferentes grupos. Nesse contexto, a utilização do conceito de interesse público tem de se fazer com cautela, diante da pluralidade e contraditoriedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade. (...) o interesse público somente surgirá como resultado da decisão destinada a compor o conflito entre os diversos interesses<sup>96</sup>.

A eleição do interesse geral deixa, então, de ser prerrogativa exclusiva do estado, que se abre à participação da sociedade civil. De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, com a passagem do estado monoclasa para o estado pluriclasa, já não se fala mais em apenas um “interesse público”, mas em vários interesses relevantes do ponto de vista coletivo, que representam os vários setores da sociedade civil, altamente complexa e fragmentada. A consequência, de um lado, é a multiplicação dos interesses coletivos e, de outro, a diminuição da separação entre estado e sociedade, com o aumento da participação e colaboração do particular no funcionamento da administração pública<sup>97</sup>.

Mauro Capelletti também critica a divisão inflexível entre interesse público e interesse privado ao assinalar que “entre os dois termos [dessa] *summa divisio*, não

---

Também se assinalou já o relevo atribuído pela Constituição à ‘participação organizada dos cidadãos’ na resolução dos problemas nacionais (CRP, art. 9º)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7 ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 301)

<sup>95</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74.

<sup>96</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 146.

<sup>97</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, n. 191, pp. 26-39, 1993, p. 30.

se veem pontos de ligação<sup>98</sup>". Todavia, esta dicotomia, que estaria profundamente radicada (e não somente na Itália), se revela, de acordo com o autor, cada vez menos aceitável, até mesmo em razão do desenvolvimento dos interesses difusos:

A *summa divisio* aparece irreparavelmente superada diante da realidade social de nossa época, que é infinitamente mais complexa, mais articulada, mais 'sofisticada' do que aquela simplista dicotomia tradicional. Nossa época, já tivemos oportunidade de ver, traz prepotentemente ao palco novos interesses 'difusos', novos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos ninguém é 'titular', ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe, ou categoria, deles são titulares<sup>99</sup>.

Com efeito, a noção de interesse público, que tem origem nas prerrogativas reais (e, posteriormente, na ideia de soberania do estado), adquire novo significado na segunda metade do século XX<sup>100</sup>. Com a crescente atuação do estado sobre a economia, ao final da segunda guerra, somada à criação de uma extensa rede de segurança social, a racionalidade do direito administrativo se tornou mais plural e menos singular. Nesse contexto, a administração tem se colocado antes como um terceiro perante as forças dos interesses econômicos e políticos organizados, assumindo uma indumentária de "neutralidade", de modo a ouvir os anseios da sociedade. O conteúdo do conceito de interesse público passa, então, a assumir antes uma feição de respeito à diversidade de interesses, que de autoridade e imposição<sup>101</sup>.

Tamanha a pluralidade e complexidade dos interesses legítimos que devem ser sopesados pelo estado, que Norberto Bobbio, já no final do século XX, afirma que ele estaria mais propenso a exercer função de *mediador*, que de detentor do poder de *império*<sup>102</sup>. Isso porque, como constata Gustavo Justino de Oliveira, a principal tarefa estatal passa a ser a de compor conflitos envolvendo os inúmeros interesses públicos, incluindo os cidadãos no processo de determinação e

---

<sup>98</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 5, 1977, p. 134.

<sup>99</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Idem*, p. 134.

<sup>100</sup> GAUDIN, Jean-Pierre. *Op. Cit.*, p. 65.

<sup>101</sup> GAUDIN, Jean-Pierre. *Idem*, pp. 69-70.

<sup>102</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 26.

densificação do bem comum – que deixa de ser visto como um monopólio do estado, ou como construção exclusiva de autoridades e entidades públicas<sup>103</sup>.

As posturas assumidas pelo estado *mediador*, responsável pela composição dos diversos interesses relevantes, de fato, são distintas das posições habitualmente ligadas ao estado *impositor*, cuja característica encontra-se na imposição unilateral dos interesses estatais. Suas atribuições passam a ser, não somente as de estabelecer e de garantir a eficácia aos canais de interlocução com os indivíduos e grupos sociais, mas a de com eles constantemente interagir, criando e mantendo vínculos robustos e duradouros<sup>104</sup>. Tais vínculos são tidos, atualmente, como indispensáveis para a atribuição de eficácia e de efetividade às ações estatais, “as quais vêm sendo amplamente desenvolvidas em espaços de forte interseção entre estado e sociedade civil, esferas em processo contínuo de recíproca interpenetração”<sup>105</sup>.

Tais fatores, tem levado à atenuação do exercício solitário do poder administrativo, ocorrendo, de acordo com a expressão de Odete Medauar, uma espécie de “democracia do ato administrativo”. Resultam dessa abertura democrática: *i)* a regulação não autoritária das condutas dos particulares, sendo que, ao lado de comandos jurídicos tradicionais, a administração passa a lançar mão de recomendações ou diretrizes; *ii)* o compartilhamento com a sociedade da identificação do interesse público juntamente com a conciliação dos interesses particulares; *iii)* a tendência à paridade ou menor desigualdade das partes; *iv)* e, no que toca mais especialmente o objeto deste trabalho, a adoção de outras modalidades de atos administrativos, resultantes de consenso, do acordo e da negociação, figuras tradicionalmente associadas ao direito privado<sup>106</sup>.

Em suma, o consenso e a negociação entre o poder público e os particulares passa a assumir importante papel no processo de identificação e definição de interesses tutelados pela administração (cada vez mais difíceis de se rotularem, categoricamente, em “públicos”, ou “privados”). A administração não mais detém

---

<sup>103</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 213.

<sup>104</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança Pública e Parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, 2010, p. 1.

<sup>105</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Idem*, pp. 1-2.

<sup>106</sup> MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 205.

exclusividade no estabelecimento do interesse público e, como resultado, atenua-se a prática de imposição unilateral de decisões. Voltando-se para a sociedade, a administração passa a conhecer melhor suas dificuldades e aspirações: daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato unilateral como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos<sup>107</sup>.

### 3.2.3 O consenso como instrumento do direito econômico

O abrandamento da atuação imperativa da administração, por meio de instrumentos de cooperação com os particulares, também pode ser explicado a partir de outra perspectiva, ligada ao desenvolvimento do direito econômico. Embora alguns estados (especialmente aqueles de tradição na *common law*), desde longa data, já travassem relações consensuais com os agentes privados, os ordenamentos de regime administrativo apenas viram seu desenvolvimento (em quantidade e qualidade) a partir de uma atuação estatal mais incisiva sobre a economia<sup>108</sup>. Nesse sentido, Almiro do Couto e Silva assinala que a mitigação da ação administrativa unilateral teve início, mais especificamente, no campo do planejamento econômico francês, com a denominação de “economia concertada” (*économie concertée*) e logo teria se estendido à administração pública em geral (*administration concertée*)<sup>109</sup>.

A introdução de mecanismos de planificação na economia francesa do pós-guerra, com efeito, ensejou um maior entrosamento entre a administração e os representantes das organizações econômicas e sociais. Notadamente porque a construção do plano depende da participação dos diversos setores da sociedade, além da opinião de especialistas, o que abriu espaço para formas menos impositivas de atuação estatal. Assim, segundo Jacqueline Morand-Deville, se as consequências da planificação sobre a economia francesa podem ser questionadas

---

<sup>107</sup> MEDAUAR, Odete. *Idem*, p. 211.

<sup>108</sup> MEDAUAR, Odete. *Idem*, pp. 209-211.

<sup>109</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. *Op. Cit.*, p. 138.

sob o ponto de vista da sua necessidade, ou da sua eficácia, ao menos tiveram o mérito de reforçar a ideia de consensualidade na via administrativa<sup>110</sup>.

Odete Medauar também observa que a abertura consensual no direito público tem origem na administração econômica, na qual já era ensaiada a realização de acordos entre estado, empresas privadas e grupos sociais, com o objetivo de compatibilização dos diversos interesses em jogo e, dessa forma, viabilizar a execução de medidas atinentes ao planejamento. É o caso, por exemplo, dos *contratos de programa* do direito francês, pelos quais empresas ficam liberadas de limitação de preços, desde que seus programas de produção e de investimento estejam em conformidade aos objetivos do plano; dos *contratos de estabilidade*, que permitem às empresas o aumento de preços de certos produtos, com a condição de reduzir o preço de outros; dos *contratos fiscais*, em que um benefício fiscal, precário e individual é outorgado com fins econômicos<sup>111</sup>.

Tendo iniciado com providências relacionadas ao planejamento, logo a experiência das ações negociadas se estendeu para outras esferas do poder público, especialmente aquelas ligadas à regulação dos mercados. Assim, pode-se afirmar que o panorama dos métodos utilizados pelo poder público mudou, progressivamente, nas últimas décadas em direção a uma negociação mais explícita na atuação pública. Como aponta Jean-Pierre Gaudin, o movimento em direção à participação e ao consenso não é verdadeira novidade no direito administrativo, estando presente, pelo menos, desde a década de 60; o fenômeno novo é a generalização e a intensidade com que são usados<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Nas suas palavras: “*l'introduction des mécanismes de planification après la guerre en appelle-t-elle à l'idée que le Plan, engagement national, devait avoir été préparé par une importante concertation entre l'administration et les représentants des organisations économiques et sociales. Dès 1946, les créateurs du Plan ont décidé d'adjoindre aux experts des Commissions de modernisation, des représentants de toutes les catégories intéressées. Le rôle des différents groupes de travail s'est révélé très positif et la planification dans son ensemble, quel que soit le jugement que l'on puisse porter, par ailleurs, sur sa nécessité et son efficacité, a eu le mérite de renforcer l'idée de concertation dans la vie administrative*”. (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Les mécanismes de la réforme administrative. *Revue internationale de droit comparé*, Société de législation comparée, Paris, vol. 38, 1986, p. 686).

<sup>111</sup> MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, pp. 209-211.

<sup>112</sup> GAUDIN, Jean-Pierre. *Op. Cit.*, pp. 7-10. Interessante notar que, para Gaudin, essa tendência de abertura e parceria não apenas se manteve firme, mas foi reforçada nos diversos movimentos que atingiram a França nas últimas décadas. No final dos anos 60, com a exigência de participação e descentralização; nos anos 70, com a crise do petróleo e o surgimento de novidades tecnológicas; nos anos 80, com o liberalismo e a redistribuição de competências públicas; e, partir dos anos 90, com a maior integração europeia.



De fato, desde a afirmação do estado social verifica-se uma releitura da relação entre o poder público e a esfera privada, bem como dos instrumentos que o estado possui à sua disposição para o exercício da sua função regulatória<sup>113</sup>. Para Egon Bockmann Moreira, a regulação econômica, no final do século XX, passou a assumir função mais estrutural que circunstancial, de modo que o estado não é mais visto como um invasor, ou um alienígena nos mercados. O estado contemporâneo já não “intervém” na vida econômica (espaço privado por excelência no século XIX), mas nela atua como um agente habitual e necessário. A lógica da exclusão (estado ou domínio privado) passou a conviver com a lógica da inclusão (estado e iniciativa privada), de modo que seria um erro pretender tratar dos relacionamentos econômicos do presente sob a ótica monista do passado<sup>114</sup>.

Dada a maior diversidade e extensão de competências que foram conferidas à administração econômica, o tratamento dispensado pelo poder público no que toca às questões regulatórias passou a ter características menos autoritárias e mais negociadas com o setor privado. Não só pela dificuldade em distinguir, com rigor, a fronteira desses setores, mas também porque os instrumentos clássicos do direito administrativo (criados com base na concepção liberal oitocentista) são, muitas vezes, impróprios ao papel atual do estado, de agente normativo e regulador da economia (art. 174 da CF). E, como observa Calixto Salomão Filho, basta notar que a experiência empírica com o controle dos agentes privados através do regime jurídico de direito público é muito pobre<sup>115</sup>.

Sérgio Guerra também sustenta que um dos fatores preponderantes da transformação nas formas de ação do poder público está no fato de que o direito administrativo experimenta uma forte influência do direito econômico (despontando, assim, como "direito administrativo econômico"). Isso porque há noções próprias do direito econômico, com as quais o direito administrativo não convivia, sendo que as normas jurídicas, para satisfazerem a necessidade de maior maleabilidade da matéria econômica, devem ser, cumulativamente, menos imperativas e mais instáveis e imprecisas que as escolhas administrativas clássicas. O que tende a

---

<sup>113</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 264.

<sup>114</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Orgs.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: SBDP/Malheiros Editores, 2013, pp. 107-109.

<sup>115</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, p. 26.

provocar uma modificação da forma como se realiza a ação administrativa<sup>116</sup>. No mesmo sentido, o entendimento de Caio Tácito:

A moderna intervenção do Estado no trato das questões sociais não mais permite ao legislador esgotar o elenco de normas de direito, dentro das quais o fenômeno se desdobra. (...) É sobretudo no direito econômico, área crescente de intervencionismo estatal, que se multiplica a atividade regulamentar exercida pelas agências administrativas incumbidas do controle do Estado sobre a economia. Impõe-se assegurar aos organismos administrativos uma agilidade de adaptação às exigências mutáveis dos fenômenos financeiros e econômicos que leva necessariamente à ampliação do poder de editar normas<sup>117</sup>.

Embora, a toda evidência, seja possível arrolar outros motivos pelas quais a administração econômica depende de formas mais flexíveis e menos verticais, destacamos três razões, que nos parecem ser as de maior destaque. São elas: *i)* a necessidade de compatibilização dos diversos interesses econômicos conflitantes; *ii)* a questão da deficiência e da assimetria de informações dos agentes públicos e privados; *iii)* e o alto grau de incerteza e imprevisibilidade no que toca aos fatos da economia.

Em primeiro lugar, diante da *pluralidade de interesses econômicos*, muitos deles divergentes, os agentes públicos passam a depender da colaboração dos particulares para a eleição daqueles que sejam mais importantes para a coletividade. O estabelecimento do “interesse público” deixa, então, de ser prerrogativa exclusiva da administração, que se abre à participação dos vários atores econômicos interessados. Até porque, já não se pode vislumbrar apenas um “interesse público” (ver item 2.2.2), mas vários interesses relevantes do ponto de vista social, que, por sua vez, representam os vários setores da sociedade civil, altamente complexa e fragmentada.

De acordo com Dinorá Adelaide Musetti Grotti, o momento consenso-negociação entre poder público e particulares vem ganhando relevo no processo

---

<sup>116</sup> GUERRA, Sérgio. Discrecionalidade Administrativa - Limitações da Vinculação Legalitária e Propostas Pós-positivistas. (in) ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 208.

<sup>117</sup> TACITO, Caio. Comissão de Valores Mobiliários - Poder Normativo - Controle do Mercado Financeiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, n. 161, pp. 297-328, 1985, p. 302.

de identificação e definição de interesses tutelados, de modo que seu estabelecimento deixa de ser monopólio da administração, para ser debatido em um espaço público que já não é propriamente estatal<sup>118</sup>. A eficácia de certas medidas econômicas, como aquelas decorrentes do planejamento, por exemplo, não repousa na vontade unilateral do poder público, mas na negociação com os seus destinatários. Disto decorre uma nova maneira de agir, em que o conteúdo do ato administrativo se abre à colaboração dos indivíduos. Ou seja, o particular deixa de ser visto como mero fornecedor de bens e serviços ao estado e passa a assumir o papel de parceiro, com participação ativa na administração pública<sup>119</sup>.

Também a *insuficiência e a assimetria de informações* favorecem a abertura do estado à negociação com os agentes privados e à participação de especialistas no processo de decisão. A economia contemporânea dedica grande parte de seus esforços às atividades de coleta, processamento e disseminação de informações. Como assinalam Joseph Stiglitz e Carl Walsh, não obstante a quantidade de informações que se consegue adquirir, nunca se atinge o montante necessário. As informações não são apenas incompletas, mas também assimétricas, de modo que diferentes agentes terão diferentes parcelas de informações. O conhecimento se torna um ativo precioso: não é à toa que a economia contemporânea é, por vezes, chamada de “economia da informação”<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Participação Popular a Consensualidade na Administração Pública. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 39. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 132.

<sup>119</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 135.

<sup>120</sup> “The modern economy has sometimes been called ‘the information economy’. The name is justified in part because the major advances in computer technology have greatly enhanced the capacity to process information, and in part because such a large fraction of total economic activity now revolves around collecting, processing, and disseminating information. Personnel officers focus on finding out about potential employees; lending officers attempt to assess the likelihood that potential borrowers will default; market researchers try to determine the potential market for some new product; large retailers send buyers out to scour the world for new suppliers of the clothes they sell. But no matter how much information we have, we seldom have as much as we would like. Not only is information imperfect, but different people have different information. Information is asymmetric. The seller of a car knows more about her car’s problems than the buyer. The worker may know more about his strengths and weaknesses than does the firm where he is interviewing for a job. The borrower may know more about some of the contingencies that may affect his ability to repay the loan than the lender. Because the parties to a transaction do not always have an incentive to be perfectly truthful, it may be difficult for the more informed party to convey convincingly what she knows to others”. (STIGLITZ, Joseph; WALSH, Carl. **Economics**. 4. ed. Nova Iorque: W. W. Norton, 2005, p. 350).

O conhecimento, de fato, se encontra disperso entre os agentes econômicos, de modo que, em cada relação, as diferentes partes contam com quantidades desiguais e, frequentemente, assimétricas de informação. Segundo José Matias-Pereira, a abertura do estado à colaboração de terceiros e a valorização das relações de reciprocidade entre o agente público e as partes envolvidas na atividade administrativa são essenciais para reduzir as assimetrias de informação, além de garantir maior legitimidade às ações estatais<sup>121</sup>. Isso fica mais relevante no que toca aos acordos de leniência (art. 83 da Lei Federal nº 12.529/11 e art. 16 da Lei Federal nº 12.846/13), em que o objeto de negociação entre o particular e agente público é, justamente, a informação.

Demais, se o direito administrativo do século XIX se caracterizava pelo anseio de perenidade e previsibilidade (com base em uma visão de mundo que o considerava um ambiente seguro e estável), a situação é outra no século XX. A evolução tecnológica, a velocidade das transações financeiras e as constantes alterações políticas toram *impossível qualquer previsão*, a médio ou longo prazo, especialmente, no plano econômico. Tais mudanças exigem uma reformulação do direito administrativo, tradicionalmente rígido e autoritário, de modo a que se torne mais permeável à negociação e à flexibilidade<sup>122</sup>.

André Hauriou, escrevendo na década de 70, verificou que as ideias de relatividade e aleatoriedade, tradicionalmente estranhas ao direito, começavam a se introduzir nas ciências jurídicas e, em especial, no direito administrativo econômico. De uma ciência que se debruçava sobre fenômenos *determinados* (fatos encadeados de modo que um dependa dos outros), o direito se vê contaminado de fenômenos *condicionais* (fatos que dependem parcialmente uns dos outros) e *aleatórios* (fatos que são inteiramente independentes uns dos outros). Para lidar com a incerteza, a administração passou a incorporar processos decisórios que, dentre uma série de opções disponíveis, apenas poderia indicar a melhor solução provável em vista os objetivos eleitos – como em um jogo de estratégia (*jeux de stratégie*)<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> MATIAS-PEREIRA, José. **Governança no Setor Público**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 12.

<sup>122</sup> WALD, Arnoldo. Novas Tendências do Direito Administrativo: A Flexibilidade no Mundo da Incerteza. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 721, 1995, p. 8.

<sup>123</sup> HAURIOU, André. Le Droit Administratif de l'aléatoire. In: **Mélanges Offerts a Louis Trotabas**, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, pp. 198-199.

A intervenção administrativa no domínio do condicional e do aleatório, com efeito, não se realiza sob a forma de decisões abstratas (como nos regulamentos) ou de decisões determinadas (como nos atos unilaterais), uma vez que, por definição, o aleatório repele as certezas da generalidade e do comando<sup>124</sup>. Da mesma forma, a administração no campo das incertezas não se compatibiliza com os contratos administrativos tradicionais, excessivamente delimitados, de modo a reger de forma definitiva as relações entre o poder público e os particulares, mesmo naqueles de longa duração<sup>125</sup>.

Seus instrumentos, ao contrário, devem incorporar a participação dos interessados, sob uma visão construtiva das relações, permanentemente em evolução (sem que seja possível prevê-la) e com flexibilidade para superar as dificuldades geradas pelos fatos em movimento. De acordo com Hauriou, se o direito administrativo clássico é um direito baseado no comando, no privilégio, no controle, na desconfiança, o direito administrativo do aleatório se apresenta com características diversas: é um direito do esforço comum, de atos produzidos coletivamente, de cooperação entre o poder público e seus parceiros, das adaptações introduzidas no curso da ação, em suma, um direito baseado na confiança<sup>126</sup>.

No século XX, o poder público passou a agir mais incisivamente na economia, conforme destaca Fabio Nusdeo, movido por duas ordens de motivações: para implementar os objetivos da política econômica nacional e para suprir as inoperabilidades do mercado. São exigências que, apesar de constantes, variam em extensão, intensidade e prioridades no tempo e espaço, de modo que os instrumentos para sua realização não se amoldam aos figurinos e às formas

---

<sup>124</sup> HAURIOU, André. *Idem*, pp. 215-216.

<sup>125</sup> HAURIOU, André. *Idem*, pp. 204-205.

<sup>126</sup> “Notre droit administratif classique est un droit du commandement, du privilege, du contrôle et, pour tout dire, de la méfiance. Le droit administratif de l'aleatoire, qui s'élabore sous nos yeux, présente et présentera de plus en plus des caractéristiques différentes: ce sera un droit de l'effort commun, encadré par des 'actes collectifs', de l'entraide entre l'Administration et ses partenaires et, pour tout dire, de la confiance. (...) Une animation de l'économie se traduisant, non pas par le commandement ou le contrôle incessant (comme il en est actuellement pour les entreprises publiques), mais par le forfait de confiance, la concertation, les obligations réciproques de comportement, la pratique des actes collectifs, l'adaptation opérée en commun au cours des actions engagées ou des entreprises mises en reuvre, le tout sous le contrôle d'un juge intervenant lorsqu'il y a contradiction manifeste entre les actes et le comportement promis”. (HAURIOU, André. *Idem*, pp. 224-225).

fixas<sup>127</sup>. Novas tendências econômicas podem afetar o comportamento dos mercados, razão pela qual a administração deve contar com instrumentos que viabilizem uma forma de atuação mais maleável e precisa.

Demais, as ações implementadas no campo econômico, ainda que motivada por boas intenções, podem não gerar as consequências previstas pela administração, podendo, ainda, produzir consequências negativas sobre aqueles que não participam diretamente dessas relações (externalidades). Como salienta Fernando Herren Aguillar, as medidas econômicas são como um medicamento que o estado adota para combater um mal que ele próprio diagnostica, sendo que, muitas vezes, os governos erram no diagnóstico, ou erram na dose do remédio (que acaba não funcionando ou fazendo mal ao paciente)<sup>128</sup>. Por isso, após a aplicação de certas “intervenções”, o estado pode se ver obrigado a implementar novas medidas para corrigir os desvios, para atenuar efeitos negativos sobre terceiros ou mesmo para limitar o seu alcance<sup>129</sup>.

O mercado afetado pelas medidas econômicas, de outro lado, buscará contornar as restrições impostas pela administração. De acordo com a teoria da escolha racional, os agentes econômicos sempre ponderam os custos e benefícios de cada uma das possibilidades de escolha, tendo em vista o alcance dos seus objetivos<sup>130</sup>. Como observa Egon Bockmann Moreira, a ideia econômica primária está em que as escolhas racionais dos agentes econômicos levam em conta exclusivamente aquelas vantagens que possam advir da atuação em determinado

---

<sup>127</sup> NUSDEO, Fábio. O Direito Econômico Centenário: um ‘vol d’oiseau’ sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Fórum, n. 36, pp. 101-132, 2011, p. 122.

<sup>128</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.

<sup>129</sup> Calixto Salomão Filho ressalta que não é mais possível que prevaleçam as regras mandamentais ao estilo do estado liberal, quando o sistema jurídico deve oferecer meios para que a sociedade corrija a si mesma, caso necessário. Por essa razão, o direito público deveria se ater mais ao processo que ao comando, privilegiando as regras institucionais e procedimentais. As regras institucionais e procedimentais, ao mesmo tempo em que conferem estabilidade ao sistema e garantias ao cidadão, não predefinem a solução mais conveniente, ensejando o experimentalismo social. O direito público assim concebido leva à – e não decorre da – solução mais justa. É um sistema a um tempo mais seguro (pois tem instituições seguras) e mais flexível, já que permite seu próprio aperfeiçoamento. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, p. 40).

<sup>130</sup> “Underlying much of economic analysis is the basic assumption of rational choice: that is, people weigh the costs and benefits of each possibility whenever they must make a choice. This assumption, in turn, is based on the expectation that individuals and firms will act consistently, with a reasonably well-defined notion of what they like and what their objectives are, and with a reasonable understanding of how to attain those objectives”. (STIGLITZ, Joseph; WALSH, Carl. *Op. Cit.*, p. 26.)

mercado e o risco do investimento, visando ao máximo de benefícios possível<sup>131</sup>. Os agentes econômicos comportam-se de uma forma que procuram não encontrar limites. Se porventura os encontrar, visam a os transpor da maneira mais eficaz e sob os menores custos<sup>132</sup>. O que, uma vez mais, traz a necessidade de que os administradores tenham a sua disposição instrumentos mais maleáveis de ação e reação.

A atuação do estado na economia, de fato, muito dificilmente lograria algum êxito se se limitasse a lançar mão dos instrumentos típicos do século XIX, especialmente, o ato administrativo unilateral. Daí que, para José Casalta Nabais a negociação tenha se tornado, nos tempos mais recentes, um instrumento normal da ação do estado, mormente nos domínios da conformação econômica e social em que ele foi chamado a intervir. Transformado deste modo o acordo em *modus agendi* do estado social, ele não vai, porém, limitar-se a operar nos novos domínios a que a ação do estado foi chamada. Ele vai pôr em causa o próprio *modus operandi* do estado em setores tradicionalmente considerados interditos por natureza ao contrato, sobretudo à medida que estes setores se foram progressivamente tornando permeáveis às ideias do estado social ou mesmo transformando em instrumentos privilegiados da sua atuação<sup>133</sup>.

Em suma, pode-se afirmar que, nesse novo cenário, perdeu o ato administrativo a posição de senhor absoluto do direito administrativo, ao passo em que ganhou o poder público, que dispõe de novos instrumentos para estabelecer vínculos jurídicos com os indivíduos<sup>134</sup>. Com efeito, além de ser necessário um maior grau de consensualidade e maleabilidade nos instrumentos de ação do estado sobre a economia, exige-se a colaboração da sociedade com o estado, sob pena de tornar a ação administrativa ineficaz ou ineficiente.

### 3.3 OS ATOS ADMINISTRATIVOS CONSENSUAIS

---

<sup>131</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004, p. 167.

<sup>132</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Idem*, p. 173.

<sup>133</sup> NABAIS, José Casalta. *Contratos Fiscais*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 14.

<sup>134</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. *Op. Cit.*, pp. 138-139.

O objeto de investigação deste trabalho consiste nos acordos realizados pela administração que envolvem a negociação de prerrogativas públicas. Não se nega que o tema é polêmico, havendo autores que recusam a possibilidade do exercício consensual das funções administrativas com base nos princípios da legalidade estrita, da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o privado. No entanto, é inegável a existência de uma maior abertura consensual na administração contemporânea, que se reflete no direito positivo.

Com efeito, existem diversos diplomas legais, além de uma grande variedade de regulamentos administrativos, que permitem, pontualmente, a substituição do ato unilateral pelo ato convencional. Juliana Bonacorsi de Palma, em dissertação de mestrado, afirma ter identificado, pelo menos, 2 medidas provisórias, 2 leis complementares, 39 leis federais, 24 decretos e 62 atos normativos que tratam do tema<sup>135</sup>.

Alguns desses exemplos são o Decreto-lei nº 3.365/41, que prevê a possibilidade de transação sobre a indenização decorrente da desapropriação, o Decreto Federal nº 99.274/90, que regula o compromisso de ajustamento de conduta na esfera ambiental, a Lei Federal nº 7.347/85, que prevê o compromisso de ajustamento de conduta no campo dos direitos transindividuais, a Lei Federal nº 12.529/11, que consagrou o termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, a Lei Federal nº 6.385/76, que disciplinou o termo de compromisso no que toca às infrações ao mercado de valores mobiliários, a Lei Federal nº 9.469/97, que autoriza a União a realizar acordos ou transações em juízo, a Lei Federal nº 12.846/13, que permite a celebração do acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos contra a administração pública, e a Lei Federal nº 5.172/66, que prevê a transação fiscal e a denúncia espontânea.

Também diversas normas expedidas por Agências Reguladoras preveem a possibilidade da celebração de acordos substitutivos da ação administrativa unilateral, como, por exemplo, a Resolução nº 57/2001 da ANS (Agência Nacional

---

<sup>135</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 22.



de Saúde Complementar), a Resolução nº 152/2003 da ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres), as Resoluções nº 63/2004 e 333/2008 da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), a Resolução nº 987/2008 da ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários) e, mais recentemente, a Resolução nº 629/2014 da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações).

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a tendência de consensualidade no direito público gerou reflexos nas mais variadas funções administrativas, como, por exemplo, no campo da produção normativa (com o aparecimento fontes consensuais de regulação), no campo da administração dos interesses públicos (com o emprego de formas consensuais de coordenação e de fiscalização) ou, ainda, no campo da solução de conflitos (com a adoção de modos consensuais de composição dos interesses coletivos)<sup>136</sup>.

As novas formas de ação consensual estão, pois, presentes em toda a tipologia das atividades administrativas, desafiando o paradigma da imperatividade, tradicionalmente voltado à decisão unilateral. Dada essa amplitude, é necessário delimitar com mais rigor o objeto do presente estudo, de modo a evitar confusões conceituais.

Como destaca Juliana Bonacorsi de Palma, o discurso da consensualidade no direito público pode ter diversos sentidos. Em sentido amplíssimo, consiste em qualquer abertura à participação dos cidadãos na decisão administrativa, o que inclui, por exemplo, as consultas populares e as audiências públicas. Em sentido amplo, concentra-se nos atos bilaterais, como os contratos, os termos de cooperação, os acordos e as transações, excluindo os instrumentos de mera participação administrativa. Já em sentido estrito, abrange apenas os acordos e transações tendentes a uma solução consensual no bojo dos processos administrativos, envolvendo a negociação do exercício da autoridade estatal<sup>137</sup>.

O presente trabalho concentra-se na consensualidade em seu sentido mais estrito, ou seja, nos casos em que o ato administrativo unilateral (ato de autoridade) é substituído pelo ato bilateral. Mais precisamente, quando a administração possui

---

<sup>136</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41.

<sup>137</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. A teoria do ato administrativo e a prática da consensualidade. In: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO Vitor (Orgs.). **Os caminhos do Ato Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 242.

o poder de impor, imperativamente, a relação jurídica que pretende estabelecer, contudo opta, no curso do processo administrativo, por substituir o exercício unilateral de sua função por um acordo de vontades com a outra parte.

Trata-se dos chamados *atos administrativos consensuais*, que, na definição de Luciano Parejo Alfonso, correspondem aos acordos de vontades firmados entre a administração pública e um ou mais sujeitos, regulados pelo direito administrativo e celebrados no contexto do processo administrativo, pelo qual o poder público poderia, em princípio, exercer uma potestade igualmente administrativa para o estabelecimento de uma relação jurídica. Sua principal característica, vale destacar, é que o poder público estaria habilitado a projetar o conteúdo do ato administrativo de forma imperativa, contudo não o faz, escolhendo agir de modo bilateral<sup>138</sup>.

De fato, a administração pode prescindir da faculdade de atuar autoritariamente em prol de uma solução consensual no cumprimento das suas funções públicas. Como observa Onofre Alves Batista Júnior, sua forma de atuação mais típica e usual é o ato administrativo, contudo pode decidir por estabelecer uma regulação consensual no caso concreto, celebrando um “contrato” com o administrado. O fundamento de sua substituição, para este autor, encontra-se na possibilidade de gerar maior eficiência para a atuação administrativa, além de se revelar um mecanismo mais democrático para a persecução do interesse público<sup>139</sup>.

Esses “contratos”, porém, não se equiparam aos contratos administrativos tradicionais, regulados pela Lei Federal nº 8.666 de 1993. Nestes, se não houver acordo de vontades, nenhuma relação jurídica é constituída, ao passo em que, naqueles, se não houver aquiescência do particular, a administração poderá, ainda assim, instituir a relação jurídica de forma unilateral.

---

<sup>138</sup> “El acto administrativo consensual puede definirse como el acuerdo de voluntades entre una Administración pública y uno o varios sujetos de Derecho, regulado por el Derecho administrativo, celebrado en el contexto de un procedimiento administrativo a través del que aquélla deba ejercer una potestad asimismo administrativa y para la terminación o la preparación - en términos vinculantes - de la terminación de éste, que está dirigido a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica. A hora bien, inmediatamente h a de precisarse que esa relación jurídica sólo puede ser aquélla sobre la que la Administración podría en principio proyectar su actividad jurídica unilateral”. (PAREJO ALFONSO, Luciano. **Manual de Derecho Administrativo**, 5. ed. Barcelona: Ariel, 1998, p. 753).

<sup>139</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Op. Cit.*, pp. 325-326.

### 3.4 OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Tal perspectiva, mais negocial e plurilateral, adotada pela administração nos atos administrativos consensuais tem se mostrado saliente, especialmente, no exercício do poder sancionador. Como observam Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista, a atividade sancionatória, vista sob uma perspectiva instrumental, vem se despidendo de seu caráter simbólico repressivo (como resposta necessária a um descumprimento da norma jurídica que representaria uma ameaça à própria autoridade) e adquirindo, cada vez mais, o papel de meio para alcançar as pautas e finalidades de interesse coletivo<sup>140</sup>.

Desponta, então, no direito administrativo sancionador a possibilidade de se atingir a mesma finalidade por meio da renúncia da aplicação de uma sanção, ou do processo de investigação, em prol de atos administrativos bilaterais, nos quais seriam previstos, por exemplo, compromissos de reparação dos danos, de alteração de comportamentos faltosos, de efetiva colaboração com as investigações conduzidas pelo estado, ou ainda de medidas compensatórias que tragam benefícios efetivos à coletividade. Isso, com a vantagem de que tais providências possam ser adotadas de forma mais célere, econômica e certa em vista dos interesses públicos.

Trata-se, segundo Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, da opção por uma solução conciliatória diante de divergência em torno da ocorrência ou não de infrações e do modo correto de aplicar determinada norma ou fazer cumprir dada obrigação. Solução que vem sendo encampada por diversos órgãos e segmentos da atuação estatal, como procuradorias, Ministério Público e autarquias, atuando em matéria de meio ambiente, proteção dos consumidores, defesa da concorrência e do livre mercado, entre vários outros segmentos, que experimentam cada vez com maior frequência a substituição de procedimentos contenciosos por soluções conciliadas entre estado e particulares<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010, p. 3.

<sup>141</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, 2011, p. 10.

No compromisso de ajustamento de conduta previsto no art. 5º, § 6º, Lei 7.347/85, por exemplo, o agente privado pode assumir obrigações visando a recompor a legalidade da sua conduta, cessando práticas infracionais e indenizando eventuais danos causados, em substituição ao trâmite do processo administrativo, ou da aplicação da sanção pelo poder público. Nesses acordos, via de regra, são previstas penalidades para o seu descumprimento, de modo que se houver inércia do particular, a administração terá, desde logo, um título executivo, abreviando tempo e esforços dedicados ao trâmite do processo administrativo sancionador.

De outro lado, como no programa de leniência previsto no art. 16 da Lei Federal nº 12.846/13, existe a possibilidade de se firmar acordos com agentes responsáveis pelo cometimento de infrações administrativas e que estejam dispostos a colaborar com as investigações conduzidas pelo estado, além de restaurar, prontamente, a legalidade da sua conduta. Em outras palavras, o poder público pode assumir o compromisso de extinguir ou reduzir a sanção administrativa, em troca da colaboração eficiente dos infratores, que compartilham com o poder público informações e conhecimentos que, de outro modo, não seriam facilmente obtidos.

Nessas situações, a atuação administrativa, tradicionalmente caracterizada pela edição de atos administrativos imperativos, é flexibilizada por meio da participação do particular, a quem se confere a possibilidade de construir, conjuntamente com o poder público, o ato final cujo conteúdo lhe interessa imediatamente. Isso significa dizer que o interessado participa na tomada de decisão administrativa, em uma dinâmica dialética, negociando o conteúdo do ato, que se torna bilateral. Em outras palavras, o ato administrativo resulta do acordo travado entre entes público e privado, após a negociação do respectivo conteúdo<sup>142</sup>.

Vale destacar que as negociações administrativas não estão restritas ao exercício da prerrogativa sancionadora, podendo abranger, inclusive, o processo administrativo que a antecede. Até porque o procedimento destinado à apuração do comportamento do particular não é um fim em si mesmo, mas um mecanismo

---

<sup>142</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 136.

para a apuração de responsabilidades, visando, em última análise, o restabelecimento dos comportamentos desejados pela administração e a reparação de eventuais prejuízos causados. Não há, por isso, impeditivo para que a transação recaia sobre o procedimento sancionatório, especialmente quando estão disponíveis ao estado outros meios, mais econômicos e eficazes, para o atingimento dos seus fins<sup>143</sup>.

Demais, como ressaltam Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista, embora o processo administrativo corresponda a uma garantia fundamental do ponto de vista do agente privado investigado pelo cometimento de uma infração, tal garantia é passível de renúncia. Ou seja, apesar de o estado não poder tolher o direito ao devido processo legal, bem como os instrumentos de defesa dele decorrentes, nada impede que o particular possa abrir mão do seu direito, caso considere que a celebração de um acordo substitutivo atende de forma mais direta aos seus interesses<sup>144</sup>.

Nos acordos para ajustamento de conduta, por exemplo, o que se busca é o cumprimento agilizado das disposições legais, sem necessidade de aguardar o transcurso do processo administrativo. Bem por isso, do ponto de vista do estado, uma das maiores vantagens na celebração dos acordos substitutivos corresponde a abreviar ou afastar de todo o trâmite do processo administrativo. Já o particular que celebra o termo de ajustamento de conduta busca não só mitigar a aplicação da penalidade, mas também evitar os danos atinentes a sua reputação no mercado, ajustando sua conduta, sem, necessariamente, reconhecer a prática da conduta proibida.

---

<sup>143</sup> Para Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista, não há óbice do processo administrativo: “A uma, porque a apuração da verdade tem evidente caráter instrumental: ela serve, assim como a sanção, para corrigir transgressões e reafirmar os valores protegidos pela regulação. A duas porque, justamente em função disso, o procedimento pode ser preterido em favor de outras formas de atingir esses mesmos propósitos. A três, porque o órgão regulador é regido pelos princípios de eficiência e economicidade, que recomendam a adoção das medidas mais eficientes e menos custosas, desde que aptas a cumprir as incumbências que lhe são atribuídas pela lei. Diante disso, não faria qualquer sentido insistir em um procedimento administrativo moroso e custoso, por mero capricho em levá-lo a cabo e em proferir decisão terminativa, se é possível a sua terminação abreviada por meio de soluções que, ademais, apresentam ganhos de qualidade e de aderência dos envolvidos (compliance)”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. *Op. Cit.*, p. 11).

<sup>144</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. *Idem*, p. 10.

Daí porque são acordos substitutivos até mesmo os compromissos de ajustamento de conduta celebrados para extinguir o inquérito civil previsto no art. 8º da Lei Federal nº 7.347/85, que não necessariamente leva à aplicação de uma sanção pela autoridade, mas à colheita de elementos para eventual propositura de uma ação civil pública. Com efeito, o ponto fundamental dos acordos substitutivos é a possibilidade de transação atinente a uma prerrogativa pública repressiva, que no caso do processo administrativo preparatório da ação civil pública, é o compromisso de não exercer uma prerrogativa processual<sup>145</sup>.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista, o acordo substitutivo da sanção abarca três situações distintas: *i)* a renúncia ao processo administrativo, entendido como momento de apuração dos fatos com vistas à identificação de um comportamento antijurídico; *ii)* a renúncia da prerrogativa de punir em favor das providências mais efetivas para a realização do interesse público; *iii)* ou, ainda, a mitigação parcial da aplicação de uma sanção, seja aplicando uma penalidade menos gravosa, seja diminuindo a sua intensidade<sup>146</sup>.

Assim, a expressão “acordos substitutivos da sanção”, que vêm se consagrando na doutrina administrativa, não se limita à substituição da sanção propriamente dita. Abrange, ainda, a transação não da sanção em si, mas do processo que a antecede, de modo que a locução abarca uma realidade maior do que parece significar. Pode-se afirmar, em síntese, que os acordos substitutivos abarcam duas espécies de prerrogativas públicas: *i)* a negociação do processo administrativo (entendido como momento de investigação, ou de busca da verdade); e *ii)* a negociação da prerrogativa de punir (da sanção propriamente dita).

Antes, porém, de adentrar no exame dos acordos substitutivos da sanção administrativa, cumpre, ainda que brevemente, analisar alguns dos problemas que envolvem os atos administrativos bilaterais, especialmente sua compatibilização com a legalidade e a indisponibilidade do interesse público.

---

<sup>145</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 437.

<sup>146</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. *Op. Cit.*, p. 3.

### 3.4.1 A legalidade e os acordos substitutivos

Na sua concepção clássica, a legalidade é, essencialmente, um instrumento de limitação do poder, visando a impedir excessos dos administradores. Caio Tácito observa que as Constituições brasileiras, desde a Carta Imperial de 1824, consagraram o princípio da legalidade baseadas na noção de que a lei é a medida necessária da atribuição de deveres, direitos e obrigações, no plano de atuação pública<sup>147</sup>. Dessa forma, ao contrário da pessoa de direito privado que, como regra, tem a liberdade de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, o administrador somente pode fazer o que a lei manifestamente autoriza. Expressão de que a administração pública encontrava na lei tanto a legitimidade para o exercício da sua autoridade, como a extensão do seu poder de agir.

O princípio da legalidade foi consagrado nos arts. 5º, II, 37, caput, e 84, IV, da Constituição Federal de 1988. Seguindo uma leitura mais tradicional do art. 5º, II, se ninguém estaria obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, a atuação da administração somente poderia estar baseada em determinação legislativa expressa. Demais, se os decretos e regulamentos apenas poderiam ser editados tendo em vista a fiel execução da lei, nos termos do art. 84, IV, os atos administrativos estariam limitados ao detalhamento da forma de execução de decisões já tomadas na legislação, não podendo “inovar” o ordenamento jurídico<sup>148</sup>.

Entendida sob esse viés mais estrito, a legalidade poderia se contrapor aos acordos substitutivos da sanção administrativa, principalmente, sob dois aspectos: *i)* de um lado, porque o ato administrativo consensual vai além da mera execução do texto legislativo, envolvendo a criação de um arranjo que não corresponde a uma hipótese previamente concebida pelo legislador; *ii)* de outro, porque a

---

<sup>147</sup> TACITO, Caio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, n. 242, pp. 125-132, 2005, p. 125.

<sup>148</sup> Cumpre destacar, contudo, que essa não é a única interpretação possível desses dispositivos. Ainda no debate gramatical, Carlos Ari Sundfeld observa que texto da Constituição não limita uma atuação mais criativa da administração pública. No que toca à suposta incompatibilidade com o art. 5º, II, argumenta que o ato administrativo que estabelece direitos e obrigações aos administrados não o faz por força própria, mas em virtude da lei que o fundamenta. Da mesma forma, os regulamentos que “inovam” o ordenamento jurídico também dão execução às leis, nos termos do art. 84, IV, pois são previstos, exatamente, por elas. (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2014, p. 274).

autorização e a disciplina dos acordos substitutivos, em muitas situações, não são encontradas diretamente na lei, mas em regulamentos administrativos que “inovam” o ordenamento jurídico.

Negociar a aplicação das sanções administrativas, como já se ressaltou, envolve o poder de dispor, em certa medida, do processo administrativo e da prerrogativa de punir, ou seja, enseja a possibilidade de modulação, no caso concreto, das normas gerais definidoras dos direitos e deveres dos cidadãos. Daí porque os acordos substitutivos entrariam em conflito com a noção de legalidade mais tradicional, alinhada à ideia de que a ação administrativa não disporia do poder de “criação”, estando impedida de ir além da execução mecânica da lei.

Além disso, ao contrário do direito alemão (§ 54 da Lei de Processo Administrativo de 1976, VwVfG<sup>149</sup>), italiano (Art. 11 da Lei de Processo Administrativo, Lei n. 241/1990<sup>150</sup>), espanhol (Art. 88 da Lei de Processo Administrativo, Lei n. 30/1992<sup>151</sup>) e português (Art. 179º, do Código de Procedimento Administrativo, Decreto-Lei n. 442/1991<sup>152</sup>) não existe previsão expressa na legislação brasileira, enquanto regra geral, que permita à administração celebrar transações atinentes às suas prerrogativas públicas.

A atual vinculação entre a administração e a lei, todavia, não pode ser interpretada com as lentes do século XIX. Como observa Odete Medauar, têm-se

---

<sup>149</sup> “§ 54. Uma relação jurídica de direito público pode ser criada, modificada ou suprimida por contrato (contrato de direito público), salvo disposição legal em contrário. Notadamente, a autoridade administrativa pode, ao invés de editar ato administrativo, firmar contrato de direito público com quem seria o destinatário do ato”. Tradução livre.

<sup>150</sup> “Art. 11. Ao analisar requerimentos ou observações apresentadas nos termos do artigo 10, a autoridade competente poderá, em atenção ao interesse público e resguardado o interesse de terceiros, firmar acordo com as partes interessadas, com o objetivo de determinar o conteúdo discricionário do provimento final, ou em sua substituição”. Tradução livre.

<sup>151</sup> “Art. 88. As administrações públicas poderão celebrar acordos, pactos, convênios ou contratos, tanto com pessoas de direito público como de direito privado, sempre que não sejam contrários ao ordenamento jurídico nem versem sobre direitos indisponíveis e tenham por objeto satisfazer o interesse público visado, com o alcance, efeitos e regime jurídico específicos que em cada caso preveja a disposição que o regule, podendo tais atos finalizar os procedimentos administrativos ou neles inserir-se, com carácter prévio, vinculante ou não, ao provimento que lhes ponha fim”. Tradução livre.

<sup>152</sup> “Art. 179º. Utilização do contrato administrativo. Os órgãos administrativos, na prossecução das atribuições da pessoa colectiva em que se integram, podem celebrar contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer”. De acordo com Paulo Otero, tal dispositivo consagra, de forma geral, a utilização dos acordos substitutivos do ato administrativo unilateral, uma vez que permite que os procedimentos que visam a produção de atos unilaterais possam ser encerrados por meio de acordos. (OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. 2. Reimpressão da edição de 2003. Coimbra: Almedina, 2011, p. 841).



registrado uma “evolução” na ideia genérica de legalidade. Se na sua concepção originária, esse princípio traduzia a supremacia do poder legislativo, hoje busca-se evitar os desvios causados pela sacralização da legalidade e pelo formalismo excessivo, embora preservando os sentidos de garantia, objetivação e limitação da atividade administrativa<sup>153</sup>. Essa “mutação” também é assinalada por Paulo Otero, que destaca duas de suas principais frentes: *i)* a primeira, é a *diversificação material da legalidade*, pela qual a lei deixa de ser o único fundamento do agir administrativo (quebra do mito da onipotência da lei); e *ii)* a segunda é o *enfraquecimento vinculativo da legalidade*, com a relativização da força da lei (diminuição da intensidade das suas amarras)<sup>154</sup>.

No que toca ao primeiro aspecto, também conhecido como princípio *precedência de lei*, o entendimento tradicional faz depender o exercício da atividade administrativa à existência de uma prévia e anterior norma legislativa. Sendo a lei o fundamento, o critério e o limite de toda a atividade administrativa, a ausência de uma disposição anterior do legislador, capaz de habilitar a administração (politicamente subordinada e juridicamente executiva do poder legislativo), acarretaria a invalidade do ato. Paulo Otero discorre sobre o processo de modificação desse entendimento, expondo que, atualmente, a administração pode encontrar o fundamento de seu agir em outras fontes, além do ato legislativo, como a Constituição, o Direito Internacional, ou ainda, nos espaços de autonomia decisória conferidos pelo ordenamento<sup>155</sup>. Em suma, como aponta Carlos Ari Sundfeld, a vinculação ao parlamento já não é o eixo central da engrenagem que assegura a submissão da administração ao direito<sup>156</sup>.

Com efeito, no estado de direito contemporâneo, os administradores públicos não são apenas braços mecânicos do legislador, o que se confirma pelas inúmeras competências administrativas que valorizam seu papel de criação, atribuindo-lhes o espaço para a tomada de iniciativa, a concepção de programas e a tomada de decisões. Diante da complexidade dos temas objeto da regulação

---

<sup>153</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 132-133.

<sup>154</sup> OTERO, Paulo. *Op. Cit.*, pp. 1081-1082.

<sup>155</sup> OTERO, Paulo. *Idem*, p. 1081.

<sup>156</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.*, p. 232.

estatal, em muitas situações, o administrador não encontra respostas prontas no texto legal.

A previsão rígida de todos os pormenores da ação administrativa redundaria no enrijecimento do administrador que, no extremo, não conseguiria exteriorizar a decisão mais eficaz ao caso concreto levando em consideração as especificidades do caso e as particularidades do cenário regulatório em que seu provimento se colocaria. Nesse terreno, a participação dos interessados é até mesmo imperativa, tendo em vista a construção do panorama no qual a decisão será tomada (que, vale repetir, não corresponde a uma hipótese previamente concebida pelo legislador). Os acordos substitutivos da sanção administrativa, ao ir além da mera execução do tipo legal, não devem causar espanto sob esse novo entendimento da legalidade.

A segunda frente de discussão diz respeito à “erosão” da força da lei, sobretudo diante da progressiva abertura e indeterminação na sua densidade normativa. Por esta via, o administrador encontra um novo impulso para a sua função regulamentar, em oposição ao modelo oitocentista, no qual a atividade normativa era exclusividade do parlamento. Embora persista a vinculação à legislação, a administração desempenha adicionalmente, em razão da baixa densidade normativa da lei contemporânea, a função de *desenvolvimento da normatividade* que lhe servirá de critério para a sua atuação. Dito de outro modo, a administração não só aplica a lei, mas também as pautas de integração e interpretação do ordenamento, por ela mesmo estabelecidas<sup>157</sup>.

A ampliação do espaço normativo da administração decorre ainda de uma leitura sistêmica da Constituição, conjugando o princípio da legalidade ao princípio da eficiência<sup>158</sup>. Tendo em vista o caráter técnico, complexo e dinâmico de algumas atividades reguladas pelo estado, passou-se a exigir a adoção de medidas ágeis, que dependem de conhecimentos especializados, para que possam produzir os efeitos pretendidos no setor regulado. No desempenho dessas funções, o ato legislativo revela-se, via de regra, incompatível, uma vez que o ritmo das discussões e debates parlamentares é lento, faltam os conhecimentos técnicos

---

<sup>157</sup> OTERO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 894.

<sup>158</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF – Mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano. 11, n. 43, 2013, p. 56.

adequados e as leis têm pretensão de estabilidade e durabilidade, em oposição ao dinamismo necessário para a regulação desses setores.

Para Egon Bockmann Moreira e Heloisa Conrado Caggiano, em virtude da relevância que o quesito "eficiência" assume no modelo de estado regulador, a eficácia da própria lei pressupõe que se aceitem as suas limitações para o exercício das funções regulatórias. Se num primeiro momento o processo legislativo era considerado a forma mais adequada para conferir segurança jurídica aos administrados, com a assunção pelo estado da função regulatória o conceito de segurança jurídica pressupõe o reconhecimento de outras normas que não são produzidas diretamente pelo parlamento. É certo que o princípio democrático não torna dispensável a existência da lei, que continua sendo hierarquicamente superior aos atos infralegais. Não obstante, no que toca à regulação de setores econômicos técnicos e dinâmicos, a lei passa a assumir função diferenciada: ela deixa de ter como finalidade de estabelecer regras específicas e minuciosas e passa a prever *standards* gerais e abstratos a serem complementados, dissecados, especificados por meio de atos administrativos com natureza normativa<sup>159</sup>.

A questão que se coloca, então, é até que ponto o ordenamento pode conferir liberdade ao administrador para definir direitos e obrigações não previamente detalhados em lei, ou, como formula Alexandre Santos de Aragão, qual é o nível de densidade normativa que as leis devem se revestir para que possam outorgar poderes de criação à administração<sup>160</sup>. A diminuição da força vinculativa da lei, com efeito, não significa que a administração possa ampliar os deveres dos cidadãos em qualquer campo do direito, ou ainda, que esteja habilitada a contrariar o texto legal.

De acordo com Odete Medauar, existem gradações na força vinculativa da lei: se, por vezes, a habilitação legal é somente norma de competência, ficando a autoridade com ampla margem de escolha no tocante à substância da medida, em outras situações, a base legal expressa um vínculo estrito de conteúdo do ato ao conteúdo da norma, ou às hipóteses arroladas<sup>161</sup>. Em geral, nas medidas de repercussão mais forte nos direitos dos cidadãos, há vinculação mais estrita da

---

<sup>159</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. *Idem, ibidem*.

<sup>160</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, n. 236, pp. 51-64, 2004, p. 51.

<sup>161</sup> MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, pp. 132-133.

medida administrativa ao conteúdo da norma. São os casos de *reserva legal* estabelecidos pela Constituição, como, por exemplo, a instituição de tributos (art. 150, I), ou a definição de tipos penais (art. 5º, XXXIX). Além disso, a flexibilização da força vinculativa da lei não alcança a chamada *primazia da lei* (ou *vinculação negativa da lei*) tendo em vista que o ato legislativo continua possuindo premência sobre o ato administrativo, que se encontra em patamar hierárquico inferior.

No caso dos acordos substitutivos das sanções administrativas, não existe reserva legal estabelecida pela Constituição, de modo que a matéria pode ser, em regra, regulada pela via do regulamento. A transação nem mesmo pode ser entendida como um ato de repercussão mais intensa nos direitos dos administrados. Ao contrário, elas mitigam, em seu favor, as sanções administrativas, estas sim, mais incisivas nas suas esferas jurídicas. Demais não há disposição legislativa contrária à realização dos atos administrativos consensuais. Até mesmo a referência do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 (que vedava a transação nas ações de improbidade administrativa), foi recentemente suprimida pela Medida Provisória nº 703/2015.

De outro lado, apesar de não haver um permissivo genérico no ordenamento nacional<sup>162</sup>, existem inúmeras referências pontuais na legislação autorizando a realização dos acordos substitutivos, como, por exemplo, o art. 5º, § 6º, da Lei Federal nº 7.347/1985 (no campo dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), o art. 79-A, da Lei Federal nº 9.605/1998 (no que toca às sanções administrativas ambientais), o art. 11, §5º, da Lei Federal nº 6.385/76 (no âmbito da CVM), o art. 85 da Lei Federal nº 12.529/11 (nas sanções de competência do CADE) e o art. 8º, XVIII, da Lei Federal nº 12.305/10 (que dispõe sobre a política de resíduos sólidos).

---

<sup>162</sup> Seria até mesmo difícil vislumbrar um permissivo genérico no ordenamento brasileiro, diante do elevado grau de fragmentação das competências administrativas. No âmbito federal, o processo administrativo é regulado pela Lei Federal nº 9.784/99, cabendo aos Estados e Municípios dispor sobre a matéria no âmbito de suas administrações, através de legislação própria. Isso porque a organização federativa brasileira prevê a autonomia administrativa nas três diferentes órbitas de governo – a União, os Estados e os Municípios – de forma que a competência para disciplinar o processo de atuação administrativa encontra-se necessariamente descentralizada. Demais, como observa Odete Medauar, há uma pluralidade de regulações processuais no direito nacional, o que implica a existência de diversas modalidades de processo administrativo, cada uma com regulamentação própria, como, por exemplo, os processos administrativos de gestão (como licitações e concursos), processos administrativos de outorga (como licenciamento, autorizações e registros) e os processos administrativos em que há acusados (como na aplicação de sanções). (MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 184).

A circunstância de, em determinados setores, as leis preverem, expressamente, a possibilidade de celebração de acordos substitutivos, de modo algum significa a proibição do consenso para as demais atividades reguladas. Demonstra, isso sim, que o direito brasileiro elege o consenso como um valor importante em matéria de regulação setorial. Como observa Fernando Dias Menezes de Almeida, mesmo ante ausência de expressa previsão, é sustentável a possibilidade da celebração desses acordos no direito brasileiro, vez que:

(...) está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção por se decidir de modo consensual com o destinatário da decisão. Numa situação assim, sempre restará, em potência, o poder unilateral, que, circunstancialmente, não é exercido. Por outras palavras, está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção da Administração por impor a si própria certos condicionantes de sua ação, importando obrigação para com o destinatário da decisão. É lícito que se chegue a essa opção por uma via consensual de formação da convicção<sup>163</sup>.

Há, assim, uma grande quantidade de atos infralegais que, partindo de uma interpretação sistemática do ordenamento, dispõe sobre o cabimento e o procedimento de realização dos acordos substitutivos, como a Resolução nº 152/2003 da ANTT, a Resolução nº 333/2008 da ANEEL, a Resolução nº 629/2013 da ANATEL, a Resolução nº 987/08 da ANTAQ, o Decreto Federal nº 7.729/12 (que disciplina a realização dos acordos substitutivos pela ANCINE), o Decreto Estadual de São Paulo nº 52201/2007 (que regulamenta a celebração de termos de ajustamento de conduta no âmbito da administração do Estado) e as Instruções Normativas nº 1/2007 e 1/2008 da OAB Paraná (autorizando a celebração de acordos substitutivos em relação às sanções disciplinares).

Tais regulamentos, que autorizam a realização de acordos substitutivos na administração, não implicam descumprimento da lei. Em verdade, surgem como forma de atribuir maior eficácia à lei na sociedade contemporânea, complexa e carregada de incertezas, reconhecendo a sua limitação para regular determinadas matérias, especialmente no campo da economia – local em que os acordos conferirão maior eficiência. Como observa Juliana Bonacorsi, não se pode desconsiderar a instrumentalidade da atividade sancionatória da administração,

---

<sup>163</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 302.

condicionada à realização de certos fins públicos, que também legitimam a disposição regulamentar dos casos de negociação, que visam a racionalização do exercício dessa prerrogativa<sup>164</sup>.

Dessa forma, apesar da inexistência de um permissivo genérico no ordenamento nacional, não se pode afirmar que o sistema jurídico seja contrário à realização dos acordos substitutivos da sanção administrativa. Como ressaltam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, o ordenamento sancionador brasileiro é um sistema aberto à negociação, permitindo as autoridades administrativas modular em concreto, juntamente com o administrado, as normas gerais definidoras da sanção, para evitar ou por fim ao processo administrativo sancionador<sup>165</sup>. Para esses autores, a falta de previsão expressa em diploma legal não conduz à impossibilidade de adoção desse instrumento, nem poderia ser tomada como uma proibição a realização dos acordos substitutivos.

Isso, sobretudo, por duas razões. Em primeiro lugar, os regulamentos setoriais podem instituir hipóteses específicas de acordos substitutivos com base no mesmo poder normativo que os habilita a editar os regulamentos responsáveis pela constituição de deveres, proibições e sanções do setor regulado. Demais, o art. 5º da Lei Federal nº 7.347/85 (lei que disciplina as ações civis públicas), também poderia servir como fundamento “genérico” dos acordos substitutivos, dada a sua grande abertura:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...) I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (...) §6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Trata-se, com efeito, de autorização legal aberta, que além de abranger a totalidade da administração, não limita o conteúdo do que pode ser convencionado. Apenas determina a finalidade do acordo, qual seja, a adequação da conduta do investigado às “exigências legais”. Assim, embora o preceito legal não o diga

---

<sup>164</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 275.

<sup>165</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, 2011, p. 10.

expressamente, os acordos substitutivos previstos na Lei Federal nº 7.347/85 podem envolver, além do objeto da ação civil pública, as punições administrativas, em tese, aplicáveis pelo ente público legitimado. Em outras palavras, o compromisso de ajustamento de conduta pode abranger a modulação das sanções administrativas, desde que preenchida a única condição imposta pela lei: a de que, ao final, a conduta do particular não fique em desconformidade com as exigências legais<sup>166</sup>.

Em suma, a atuação administrativa consensual é possível em todas as esferas da administração, não estando limitada aos casos expressamente autorizados em lei. Apesar de não haver um permissivo genérico dos acordos substitutivos, o direito nacional mostra-se aberto a essa figura, permitindo que a administração disponha a respeito de sua realização através de regulamentos, exercendo, assim, a mesma competência legal que lhe permite a disciplina de determinado setor.

### 3.4.2 A medida da indisponibilidade do interesse público

A negociação das prerrogativas públicas toca outro ponto sensível no regime jurídico administrativo, atinente ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Isso porque, na sua concepção mais rígida, a indisponibilidade significa que a administração pública não teria vontade própria, estando os seus agentes impedidos de transigir, negociar, ou sacrificar o interesse público. Tal princípio, seguindo essa interpretação, seria impeditivo dos acordos substitutivos, uma vez que a realização de concessões recíprocas entre partes poderia acarretar a mitigação do interesse público, do qual a administração não seria titular, nem teria poder de disposição.

A administração, em outras palavras, estaria proibida de celebrar acordos, uma vez que a negociação pressupõe a propriedade do objeto da transação, bem como a autonomia de vontade para realizar concessões recíprocas, próprias do processo de negociação. Segundo essa óptica, como afirma Diogo de Figueiredo

---

<sup>166</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Op. Cit.*, pp. 13-14.

Moreira Neto, seria impossível negociar com o interesse público, o que proscreveria, de uma só vez, o emprego de todos os instrumentos de negociação na esfera administrativa, incluindo-se os de composição extrajudicial de conflitos, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e os ajustamentos de conduta<sup>167</sup>.

Essa visão do princípio da indisponibilidade do interesse público, contudo, mostra-se cada vez mais distante do ordenamento jurídico nacional. De acordo com Marçal Justen Filho, a atuação da administração também corresponde a uma “manifestação de vontade”, não obstante o procedimento para sua exteriorização seja diverso daquele verificado nos atos jurídicos privados. Isso porque, enquanto o ato jurídico de direito privado é uma manifestação da vontade autônoma, o ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional e processualizada<sup>168</sup>. Em outras palavras, o ato administrativo corresponde a uma manifestação de vontade do poder público, ainda que exercida em limites mais estritos que os particulares e esteja subordinada a observância de procedimentos e regras formais não existentes no âmbito privado.

Da mesma forma, a realização de concessões recíprocas entre partes não acarreta, necessariamente, a subtração do interesse público. Até porque, como já abordado no item 2.2.2, não há oposição inconciliável entre os interesses públicos e os interesses privados. Como observa Juliana Bonacorsi, não é possível extrair da sociedade atual um interesse público unívoco, definível previamente à situação concreta para prevalecer em abstrato sobre qualquer situação que possa ser verificada. Existe, sim, uma pluralidade de interesses legítimos igualmente merecedores de tutela jurídica e, nessa linha, cada caso envolverá determinados interesses para arbitramento ou composição pela administração pública tendo em vista as circunstâncias fáticas trazidas no processo administrativo<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século - O Caso Brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 13, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016, p. 16.

<sup>168</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 393.

<sup>169</sup> Nas palavras da autora: “a definição *ex ante* do interesse a prevalecer abstratamente em qualquer situação de conflito envolvendo a Administração Pública vai de encontro à própria finalidade do Direito Administrativo consistente na garantia dos direitos dos administrados contra a autoridade estatal. Todos os interesses constatados no caso concreto devem ser objeto de ponderação para que a Administração Pública determine, racionalmente e de forma motivada, o interesse que deve prevalecer em detrimento dos demais. Tratando-se da ação administrativa consensual, tais interesses podem ser harmonizados para celebração de acordos administrativos,



De fato, o panorama de fragmentação dos interesses existentes na sociedade contemporânea faz com que a administração pública adquira a função de árbitro, ou de mediadora, dos interesses que devem prevalecer no caso concreto, buscando harmonizar os conflitos de forma motivada e observadas as especificidades que cada caso envolve<sup>170</sup>. Nesse contexto, o consenso e a negociação entre o poder público e os particulares passa a assumir papel essencial no processo de identificação e definição de interesses que devem ser tutelados, que são cada vez mais difíceis de se rotularem, definitivamente, como “públicos” ou “privados”.

Além disso, mesmo nas hipóteses de transação que envolvam o exercício da autoridade estatal, não se cogita negociar o “interesse público” em si (uma vez definido, no caso concreto), mas os modos de atingi-lo com maior qualidade, eficácia e eficiência. A abertura à consensualidade, de acordo com Alexandre Santos de Aragão, não implica a disponibilidade dos interesses públicos pela administração, mas a possibilidade de determinação do meio mais apto para alcançar os objetivos da lei, meio esse que, eventualmente, não será a simples aplicação automática da regra legal<sup>171</sup>. A participação efetiva do interessado na criação do ato administrativo, dessa forma, não deve ser entendida como mera substituição do atendimento ao interesse público, pelo interesse particular.

Nesse sentido, Fernando Dias Menezes de Almeida ressalta que, diferentemente do que muitas vezes se verifica ser de senso comum, a celebração de acordos substitutivos em nada afeta o princípio da indisponibilidade do interesse público: significa tão somente a adoção de outro procedimento de decisão. É que chegar-se a uma decisão mediante acordo não significa renunciar ao exercício de competências públicas ou omitir o desempenho dos poderes que simultaneamente são deveres, dado seu sentido funcional. O desprezo aos interesses públicos há de se verificar pelo conteúdo do provimento administrativo, seja ela decorrente do exercício de poder unilateral da administração, seja decorrente de negociação<sup>172</sup>.

---

quando a Administração irá utilizar a função de composição de interesses”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 170).

<sup>170</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Idem*, p. 169.

<sup>171</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 167, pp. 293-310, 2005, p. 293.

<sup>172</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Op. Cit.*, p. 302.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto também observa que o interesse público deduzido na controvérsia coexiste com o interesse público, não menos importante, de compô-la de forma rápida e eficaz. Esse outro interesse, no sentido de dirimir o conflito e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, é, de acordo com Moreira Neto, da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que a administração busque modos alternativos de atendimento ao interesse público subjacente, além daqueles que envolvem formas impositivas<sup>173</sup>.

Com efeito, o particular não pode ser considerado um adversário do estado, mas sim um colaborador na realização das suas funções, especialmente na identificação dos interesses que merecem tutela do poder público. Segundo Adilson Dallari, os tempos são outros, não havendo qualquer razão para se vedar entendimentos, ou negociações, que levem à satisfação do interesse público. Ao optar pela solução amigável – existindo várias ações baseadas na colaboração, no entendimento e na soma de esforços entre agentes privados e órgãos governamentais – a administração não está necessariamente transigindo com o interesse público, nem abrindo mão dos seus instrumentos e competências. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa desse interesse<sup>174</sup>.

Outro desdobramento da indisponibilidade do interesse público, sustentado não pela doutrina, mas nas práticas administrativas, consiste no entendimento, sempre persistente, de que o poder público estaria obrigado a avançar em qualquer procedimento, não podendo retroceder, desistir, nem transigir, em relação às medidas já tomadas. Tal posição, no entanto, desconsidera a instrumentalidade das prerrogativas da administração (que não são um fim em si mesmo), tendo em vista a persecução dos próprios interesses públicos.

O ato consensual, dessa forma, não significa abrir mão do interesse público, vez que as prerrogativas públicas correspondem a faculdades meramente instrumentais, conferidas ao administrador para fortalecer a realização das finalidades que lhe são conferidas pelo ordenamento. Gustavo Binenbojm destaca

---

<sup>173</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>174</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da Transação entre o Poder Público e Particular. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, pp. 11-24, 2002, pp. 15-16.

o equívoco, comum, de identificar o regime de prerrogativas à própria essência do agir administrativo, assinalando que tal regime é antes um meio para a realização de determinadas finalidades públicas, não uma finalidade *per se*<sup>175</sup>.

Como ressaltam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, o ato unilateral (especialmente a sanção administrativa) é somente um meio à disposição do administrador para conduzir os comportamentos na direção do interesse público. Vale dizer, o poder de imposição unilateral conferido à administração não deve ser vislumbrado como um fim em si mesmo, mas como um instrumento de regulação para obter do particular os fins desejados pelo ordenamento. Deve-se, portanto, cogitar se esses mesmos fins não seriam atingidos de modo mais rápido, mais barato, mais certo e mais justo por meio dos atos consensuais, como a transação<sup>176</sup>.

A tônica na consensualidade está justamente em se revelar uma técnica mais adequada, em determinadas situações concretas, para a concretização dos interesses públicos. Os atos consensuais, para Juliana Bonacorsi de Palma, devem ser encarados como uma técnica de atuação administrativa, cujas atividades não precisam necessariamente se valer das prerrogativas públicas (lastradas na imperatividade e na unilateralidade) para atingir sua finalidade legal. Significa dizer que os acordos administrativos são apenas um dos meios à disposição da administração (haja vista o caráter instrumental das prerrogativas administrativas), com o enfoque nos fins que a administração deve perseguir<sup>177</sup>.

Resta, então, apontar qual é o significado da indisponibilidade do interesse público, ou, dito de outra forma, o que estaria fora do campo de negociação da administração. Para Odete Medauar, a indisponibilidade do interesse público significa que a administração não poderia deixar de tomar providências, ou retardar providências, necessárias ao atendimento das finalidades públicas<sup>178</sup>. Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, em sentido próximo, sustentam que o objeto de indisponibilidade da administração são suas potestades públicas (justamente porque criadas pelo direito objetivo que lhe está acima) de modo que

---

<sup>175</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 3.

<sup>176</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>177</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 112.

<sup>178</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137.

são inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis pelos seus agentes (somente o ordenamento, no qual têm sua origem, pode alterá-las ou extingui-las)<sup>179</sup>.

Esse parece ser o entendimento que mais se amolda ao nosso ordenamento. Se, de um lado, o art. 2º da Lei de Processos Administrativos Federal (Lei nº 9.784/99) veda a inércia da administração e a renúncia de poderes<sup>180</sup>, de outro, existem inúmeros dispositivos legais que preveem a negociação do exercício das prerrogativas públicas, como, por exemplo, as normas que preveem a realização de acordos substitutivos de sanções (art. 11, § 5º, da Lei nº 6.385/76, art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 e art. 85 da Lei nº 12.529/11), a transação judicial ou extrajudicial a respeito de interesses patrimoniais (art. 10, do Decreto-lei nº 3.365/41, art. 1º da Lei nº 9.469/97, art. 171 da Lei nº 5.172/66 e art. 174 do Novo CPC), a possibilidade de submissão de um litígio à arbitragem (art. 23-A da Lei nº 8.987/95, art. 11 da Lei nº 11.079/04 e art. 1º, § 1º, da Lei 9.307/96), a transação penal e a suspensão condicional do processo penal (art. 77 do Código Penal e art. 89 da Lei nº 9.099/95) e, mais recentemente, os negócios jurídicos processuais (art. 191 do Novo Código de Processo Civil).

A indisponibilidade do interesse público, com efeito, impede a inércia da administração pública, que não pode se escudar de agir no desenvolvimento das atividades que lhe são atribuídas pelo ordenamento. Também veda a renúncia, alienação ou extinção das suas competências legais. Isso não significa que as competência para satisfação do interesse público não possam ser afastadas no caso concreto, em prol de medidas consensuais. Demais, como pontuam Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, os ajustes e concertações realizados pela administração pública não implicam renúncia da sua competência, uma vez que, por trás da negociação, há a possibilidade do exercício das potestades tradicionais<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução: José Alberto Froes Cal. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 671.

<sup>180</sup> “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei (...).”

<sup>181</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. *Op. Cit.*, p. 671.

Daí porque se pode dizer, seguindo o entendimento de Juliana Bonacorsi de Palma, que o direito administrativo pátrio permite uma ampla margem de consensualidade. A princípio, não há objeto que não possa ser transacionado no âmbito do direito administrativo, ressalvados os casos nos quais, por expressa previsão normativa seja vedado à administração negociar sobre determinadas atribuições<sup>182</sup>. Mesmo as prerrogativas públicas, como as sanções administrativas, podem ser negociadas pela administração com os interessados no provimento final, dado o seu caráter instrumental. O que, de outro lado, não afasta a necessidade de estabelecimento de um regramento necessário à atividade consensual da administração pública.

### 3.5 QUANDO A COOPERAÇÃO SE TORNA UM PROBLEMA

Embora a tendência atual do direito administrativo seja a de ensejar maior participação e consenso dos particulares na realização das suas atividades, evidentemente, existem aspectos problemáticos que devem ser enfrentados. Com efeito, a cooperação não é um valor absoluto, de modo que as relações negociais do poder público devem versar sobre questões nas quais é possível (e provável) que as partes venham a cooperar em torno de objetivos comuns. O direito administrativo deve, então, encontrar critérios que permitam distinguir as situações em que a cooperação seja positiva, das situações em que a cooperação sirva para a concentração do poder econômico, para onerar abusivamente os consumidores, para a degradação do meio ambiente, para prejudicar o erário, ou ainda, para outras finalidades menos republicanas.

De acordo com Calixto Salomão Filho, um dos principais problemas da cooperação, sobretudo em matéria econômica, está em distinguir a cooperação visando a objetivos que merecem proteção do estado daquela que visa, meramente, ao acréscimo de poder dos particulares. O que não é tarefa fácil, pois grande parte das estruturas que permitem a primeira é, também, capaz de gerar a

---

<sup>182</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 187.

segunda<sup>183</sup>. Dessa forma, se é vantajoso criar estímulos à atitude consensual, diante dos seus benefícios sociais, de outro lado, é necessário atentar para o poder econômico dos agentes do mercado, devendo a administração atuar no sentido da sua diluição<sup>184</sup>. Nas situações em que as negociações entre estado e particular sejam utilizadas como forma de concentração de poder, como nos carteis, ela deve ser evitada e reprimida<sup>185</sup>.

Outro ponto destacado por Salomão Filho é a tendência dos contratantes em geral (e isso se aplica às transações celebradas entre a administração e os particulares) à exclusão dos interesses de terceiros estranhos à relação das partes<sup>186</sup>. Impende, portanto, questionar quem participa das negociações e em quais condições. Até porque, como reconhece Jean-Pierre Gaudin a negociação explícita não significa, necessariamente, uma negociação aberta<sup>187</sup>. A criação de barreiras aos interlocutores e a falta de transparência nos procedimentos devem ser evitadas pela administração.

Além disso, uma distribuição desproporcional de informações entre a administração e os particulares pode inviabilizar o funcionamento dos instrumentos consensuais. Embora não se negue a possibilidade de utilização das formas negociadas e participativas como mecanismos de redistribuição de conhecimentos (como, por exemplo, nos acordo de leniência), também é preciso tomar algumas precauções nesse particular. Quando os diversos participantes vão à mesa de negociação com parcelas demasiadamente assimétricas de informações, a realização dos interesses públicos poderá estar fadada ao insucesso<sup>188</sup>.

O dilema da “captura do regulador” ilustra essa preocupação. Ao obter informações dos próprios regulados, que têm um conhecimento profundo de suas atividades, a administração pode ser levada a proteger interesses meramente individuais, em desfavor dos interesses coletivos. O agente econômico se vale,

---

<sup>183</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, p. 187.

<sup>184</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem*, p. 188.

<sup>185</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem*, p. 100.

<sup>186</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem*, p. 194.

<sup>187</sup> GAUDIN, Jean-Pierre. *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>188</sup> O que para esse autor, seria a regra, não a exceção. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, p. 199).

então, da assimetria de informações no intuito de que a regulação lhe proporcione condições mais favoráveis no mercado ou limite a concorrência no setor<sup>189</sup>.

Embora o comprometimento da imparcialidade do regulador seja um risco sempre presente nos processos participativos, é possível mitigá-lo através de instrumentos que ampliem as informações do poder público, ou ainda, por meio de mecanismos que propiciem maior participação social nas suas decisões, como forma de controle. O uso dos instrumentos consensuais deve permitir que a sociedade e os agentes públicos aumentem seu conhecimento sobre o funcionamento dos mercados, de modo a diluir o poder econômico dos particulares, não o contrário.

Existe, também, o receio de que as negociações com o poder público acabem ferindo os princípios da isonomia e da impessoalidade. Entretanto, como observa Onofre Alves Batista Júnior, o risco de favorecimento indevido existe mesmo quando a administração decide de forma imperativa, ocasião em que os privilégios podem ser pactuados de maneira oculta<sup>190</sup>. Os instrumentos de cooperação, não obstante, podem ser utilizados pelo poder público para reduzir as desigualdades, afastando a aplicação mecânica e uniformizada dos preceitos legais face às peculiaridades dos casos concretos<sup>191</sup>. De todo modo, é de se reconhecer que, eventualmente, poderá haver ofensa à isonomia ou à impessoalidade, com a adoção de tratamentos diferenciados em situações que exigiriam respostas idênticas. Nesses casos, porém, o prejudicado poderá levar o ato administrativo ilegal ao exame do judiciário ou dos demais órgãos de controle.

Poder-se-ia afirmar, ainda, que nos acordos substitutivos da sanção, os particulares jamais os firmariam de forma espontânea, mas porque, sobre eles, paira a ameaça da punição. Como afirmam Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández “detrás da concertação, em princípio voluntária, esconde-se a coação de uma forma apenas velada”<sup>192</sup>. Todavia, essa coerção não implica, em princípio, gravame aos particulares, haja vista que não conferem poderes à administração que ela já não tenha de antemão. Apenas realizam, sob nova

---

<sup>189</sup> Sobre a teoria da captura, ver BAGATIN, Andreia Cristina. **Captura das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>190</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Op. Cit.*, p. 553.

<sup>191</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Idem*, p. 548.

<sup>192</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. *Op. Cit.*, p. 671.

roupagem, as competências que o poder público exerce do modo autoritário tradicional. Com efeito, a sanção/coerção é a consequência originária prevista pelo ordenamento àquele que comete uma infração.

Há, porém, um princípio de liberdade presente nesses casos, na medida em que o particular pode, ou não, optar pelo ajuste. A não aceitação do acordo significa uma escolha em favor da ação imperativa, vale dizer, do sistema legal objetivo<sup>193</sup>. Somente se poderia cogitar de coerção, se o particular se visse obrigado a firmar um acordo com o poder público cujos resultados fossem mais gravosos que aqueles originalmente previstos pelo ordenamento, seja em razão da insuficiência das informações disponíveis ao particular, seja em razão da insuficiência de recursos para questionar a decisão administrativa através dos órgãos de controle<sup>194</sup>. Embora tais problemas sejam incomuns nas transações administrativas, não se pode dizer que o risco seja inexistente, cabendo aos órgãos de controle atentar para essas situações.

Por fim, uma outra preocupação é a supervalorização das transações, enquanto forma eficiente e democrática de solução de conflitos. Segundo Owen M. Fiss, embora os acordos tragam a pacificação das partes no caso concreto, podem, de outro lado, impedir que o judiciário exerça sua função política de indicar a aplicação correta da Constituição e das leis, com reflexos para toda a sociedade. Isso porque os juízes são os agentes públicos aos quais o ordenamento confere não apenas a função de pacificação social, mas também a atribuição de deixar explícita as pautas de conduta vedadas, ou permitidas, de acordo com a interpretação que fazem do direito. Como não agem de ofício, o desenvolvimento da jurisprudência depende das situações controvertidas que ali aportam<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. *Idem*, p. 675.

<sup>194</sup> As relações consensuais, de fato, podem esconder um ato de coerção, em que a parte mais fraca se vê obrigada a abrir mão dos seus interesses. De acordo com Owen M. Fiss, os desequilíbrios de poder fazem com que os acordos fiquem aquém da solução prevista pelo ordenamento, sendo que o poder de negociação está, via de regra, ligado aos recursos das partes (que são distribuídos de modo desigual). Essa disparidade de forças pode afetar o resultado das transações, especialmente diante: *i*) da insuficiência de informações de uma das partes, que se coloca em posição de desvantagem nas negociações; *ii*) da urgência em acelerar eventual pagamento, fazendo com que a parte em situação de penúria aceite quantias excessivamente reduzidas; ou *iii*) quando uma das partes não tenha recursos para financiar um litígio, que pode ser estender por um longo período. (FISS, Owen M. Against Settlement. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 93, n. 6, pp.1073-1090, 1984, p. 1076).

<sup>195</sup> FISS, Owen M. *Op. Cit.*, p. 1085.



No cenário jurídico nacional, em que há nítido o excesso de demandas, é pouco provável que os pontos controvertidos da atividade administrativa sancionadora não sejam levados ao exame judicial, ocasião em que poderão exercer sua atividade de criação do direito – função reforçada com o Código de Processo Civil de 2015. De toda forma, havendo situações paradigmáticas, nas quais seja mais conveniente a fixação de pautas gerais de conduta que a busca por uma solução imediata do caso concreto, as autoridades poderão aplicar a sanção do modo tradicional, seguindo o curso do processo administrativo e, possivelmente, do processo judicial.

Diante das questões que foram colocadas, entende-se que a adoção das práticas consensuais no direito público deve ser pautada pelo pragmatismo, ou seja, pela compreensão de que a negociação e a participação devem ser utilizadas, se, no caso concreto, se mostrarem mecanismos mais eficientes, econômicos e eficazes na satisfação de finalidades públicas em comparação com a atuação imperativa tradicional. Vale dizer, a atuação consensual da administração deve levar em conta uma análise utilitarista, confrontando a aplicação dos modelos de atuação imperativa e atuação negociada, tendo em vista a escolha do instrumento mais adequado na situação posta. Como propõe Juliana Bonacorsi de Palma, o administrador deve se questionar se os atos imperativos viabilizariam uma resposta adequada a contemplar as necessidades sociais e econômicas que são apresentadas<sup>196</sup>.

Além disso, a flexibilização do direito administrativo, por meio dos instrumentos convencionais, deve se dar de forma responsável, exigindo, em contrapartida, uma procedimentalização do mecanismo decisório, que assegure a participação dos interessados e que favoreça a harmonia e o controle por outros órgãos do estado<sup>197</sup>. Se, de um lado, a complexidade do conjunto de interesses a serem tutelados pelo poder público exigem a atribuição de maiores margens discricionárias para a administração, exige-se, de outro lado, melhores e mais adequados instrumentos de controle, de modo a proporcionar maior legitimidade nas suas decisões.

---

<sup>196</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>197</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Op. Cit.*, p. 194.

## **4 A “NATUREZA JURÍDICA” DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA DECISÃO UNILATERAL**

### **4.1 EM QUE MEDIDA A IDENTIFICAÇÃO DA “NATUREZA JURÍDICA” DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA DECISÃO UNILATERAL É IMPORTANTE**

Enquanto parte da doutrina entende que os acordos substitutivos da decisão unilateral seriam um negócio jurídico híbrido, regido pelo direito privado administrativo, para outros, tratar-se-ia de um contrato administrativo tradicional, ou ainda de uma nova espécie de ato administrativo, com matizes bilaterais. A figura dos acordos substitutivos, estando no ponto de interseção entre decisão unilateral imperativa e o ato negocial disponível, apresenta inegáveis dificuldades de integração nas categorias jurídicas tradicionais. Não obstante, a discussão é importante, não só para fins de sistematização doutrinária, como para que seja determinado o regime jurídico aplicável a essa realidade.

Neste capítulo, buscar-se-á identificar a qual é a “natureza jurídica” dos acordos celebrados pela administração nas situações em que ela poderia impor uma decisão unilateral (a sanção), mas decide substituir o exercício desse poder por uma solução negociada. Trata-se, antes de tudo, de identificar a classificação jurídica mais adequada, não de buscar a “natureza” ou “essência” do instituto. Com efeito, muitas controvérsias surgem quando questões de conceitos e classificações são tratadas como se fossem questões de fato, situadas à margem da linguagem. As palavras, contudo, não têm outro significado senão aquele que a sociedade lhes dá. Não existem definições intrínsecas, correspondentes à “essência” ou à “natureza” dos institutos do direito.

Para Alf Ross, todos os conceitos e classificações são convencionais, produzidos pelas pessoas através de acordos ou pelo costume. Segundo afirma, são vários os enganos que se originam da crença de que as palavras representariam determinados conceitos objetivos, cujo significado poderia ser descoberto pela filosofia. Trata-se de concepção equivocada, mas popular, que remonta ao idealismo de Platão e à teoria da definição de Aristóteles, pela qual o

estudioso se pergunta o que significa realmente a "verdade", a "beleza", a "bondade" etc. e crê ser possível estabelecer as definições definitivas dessas ideias<sup>198</sup>.

Como observa Genaro Carrió, as classificações jurídicas não são verdadeiras ou falsas, são apenas úteis ou inúteis. Suas vantagens ou desvantagens dependem do interesse de quem as formula e da sua funcionalidade para apresentar uma área de conhecimento de modo mais compreensível. Sempre haverá múltiplas maneiras de agrupar, classificar e definir um campo de relações ou fenômenos jurídicos, mas o critério para se decidir por uma delas é dado apenas pela conveniência científica, didática ou prática<sup>199</sup>.

Vê-se, então, que a linguagem jurídica envolve sempre uma margem de estipulação criativa. Todavia, a inexistência de “significados reais”, correspondentes à “essência das coisas”, não significa que os conceitos e as classificações adotados pela doutrina tenham pouca importância, ou que possam ser fixados arbitrariamente. Sua importância está na delimitação dos objetos culturais sobre os quais se discorre, proporcionando maior clareza didática e maior precisão à linguagem científica. Além disso, as definições jurídicas cumprem uma função técnico-pragmática, limitando o campo de aplicação de um determinado instituto do direito. Dessa forma, as definições, apesar de estipulativas, devem seguir alguns critérios.

Para que a linguagem seja clara e precisa, Agustin Gordillo recomenda que sejam evitados os conceitos demasiadamente restritos, ou excessivamente amplos. Pelo mesmo motivo não é conveniente afastar-se do uso consagrado das palavras, pois se corre o risco de não ser compreendido ou ser mal interpretado. No que toca à utilidade prática, Gordillo afirma que as definições jurídicas devem manter correspondência com o regime normativo aplicável às situações concretas de referência. Vale dizer, os conceitos e classificações somente serão úteis se agruparem um conjunto de fatos regidos por um mesmo conjunto de normas<sup>200</sup>.

---

<sup>198</sup> ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p. 140.

<sup>199</sup> CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho e Lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, pp. 98-100.

<sup>200</sup> GORDILLO, Agustin. **Princípios Gerais de Direito Público**. Tradução: Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pp. 7-10.

São nesses termos que vale a pena se preocupar com a precisão dos conceitos e classificações jurídicas. Do contrário, buscar a “essência” ou a “natureza” de objetos eminentemente culturais, como aqueles reunidos pelo direito, nada mais é que erigir “monumentos à esterilidade”, na expressão de Carrió<sup>201</sup>.

## 4.2 A CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA E O REGIME APLICÁVEL

Como já se mencionou, a formulação dos conceitos jurídicos pressupõe a identificação de situações semelhantes entre si quanto ao regime a que se submetem. Para Agustin Gordillo, o pesquisador deve, então, iniciar sua análise pela descrição do objeto de estudo para, em seguida, inquirir qual é o regime jurídico aplicável a essa realidade. Se encontrar um grupo de coisas sobre as quais incide um conjunto normativo substancialmente parecido, então será conveniente e oportuno agrupá-lo numa mesma categoria jurídica<sup>202</sup>.

O objeto de investigação deste trabalho consiste nos acordos realizados pelo estado que envolvem a negociação de prerrogativas públicas. Tendo o segundo capítulo tratado da sua descrição, cumpre, nesse passo, inquirir qual é o regime jurídico aplicável a essa realidade. Desde logo se verifica, porém, que os acordos que envolvem a negociação do exercício da autoridade administrativa não se amoldam com facilidade aos instrumentos tradicionais do direito público, notadamente, ao ato administrativo e ao contrato administrativo. Por vezes, parecem estar mais próximos de um negócio jurídico de direito privado.

Almiro do Couto e Silva, tratando da consensualidade em sentido mais amplo, reconhece a dificuldade em definir essas novas formas bilaterais que, “ora se identificam com o contrato [de direito privado], sem, no entanto, com ele se confundir, dada a incidência de princípios de direito público”. Para o autor, estes ajustes não seriam, rigorosamente, negócios jurídicos de direito privado, mas estariam muito próximos dessa categoria<sup>203</sup>. Outros autores, como Fernando

---

<sup>201</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>202</sup> GORDILLO, Agustin. *Op. Cit.*, pp. 7-10.

<sup>203</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. *Op. Cit.*, p. 139.

Reverendo Vidal Akaoui, ao examinar a “natureza jurídica” dos compromissos de ajustamento de conduta no direito ambiental, apenas indicam que seriam uma espécie de “acordo”, ou seja, uma composição de litígio entre as partes envolvidas, sem especificar se o ato seria regido pelo direito privado, ou pelo direito administrativo<sup>204</sup>.

Eduardo Cambi, discorrendo sobre o compromisso de ajustamento de conduta (previsto de forma genérica na Lei Federal nº 7.347/1985), entende que essas transações compõem um instituto jurídico complexo, com uma pluralidade de matizes, refletindo a própria dinâmica existente na sociedade pós-industrial, marcada por grandes contradições. Com efeito, essa figura pode ser compreendida a partir de diversos ângulos, a depender do específico interesse objeto do compromisso. Assim, quanto mais próximo do conceito de interesse público primário, mais intensas são conexões com o regime de direito administrativo. De outro lado, quanto mais próximo dos interesses disponíveis de grupos, classes ou indivíduos, preponderará a ligação das concepções do direito privado. Além disso, sempre remanescerá uma grande zona cinzenta, que demandaria uma análise crítica e casuística<sup>205</sup>.

Apesar das dificuldades teóricas, o enquadramento dos acordos substitutivos em uma dessas categorias jurídicas é relevante para a determinação do conjunto de normas que incidem nessa realidade. Como observa Andreia Cristina Bagatin, “a definição da natureza do exercício contratualizado das competências inicialmente unilaterais é, ao mesmo tempo, difícil e relevante<sup>206</sup>”. Difícil, porque está em um espaço de aproximação entre o ato e o contrato – o que poderá indicar que os critérios de definição desses institutos já não são suficientes para abarcar essa nova forma de ação administrativa<sup>207</sup>. Relevante, porque a identificação do instituto apontará o regime jurídico aplicável a esse campo.

---

<sup>204</sup> AKAUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 80-84.

<sup>205</sup> CAMBI, Eduardo. Compromisso de Ajustamento de Conduta: Um Eficaz Instrumento à Disposição do Ministério Público para a Implementação de Políticas Públicas e à Efetivação de Direitos Fundamentais Sociais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 908, p. 113, 2011.

<sup>206</sup> BAGATIN, Andreia Cristina. A Natureza Jurídica dos ‘Acordos’ previstos pela Lei nº 8.884/94. In: MOREIRA Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan L. (Coords.), **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. Belo Horizonte, Fórum, pp. 191-216, 2010, p. 197.

<sup>207</sup> BAGATIN, Andreia Cristina. *Idem, ibidem*.

Os institutos clássicos do direito administrativo, com efeito, foram elaborados no contexto político-econômico do final do século XIX e início do século XX, realidade já bastante distante do presente. Por isso, independentemente da solução adotada, haverá a necessidade de recorrer a adaptações nos conceitos tradicionais do direito público, para que se ajustem a essa nova modalidade de atos bilaterais.

#### 4.2.1 Negócio jurídico de direito privado

Diante da dificuldade em integrar os acordos substitutivos da atuação unilateral nas categorias tradicionais do ato e do contrato administrativo, parte da doutrina entende que essas figuras seriam negócios jurídicos regidos pelo direito privado.

Essa é a posição de Ana Luiza de Andrade Nery que, analisando o compromisso de ajustamento de conduta previsto na Lei das Ações Cíveis Públicas (Lei nº 7.347/85)<sup>208</sup>, o coloca entre os negócios jurídicos bilaterais do direito privado, mais precisamente, como forma *sui generis* da transação prevista no art. 840 do Código Civil<sup>209</sup>: “(...) entendemos que o compromisso de ajustamento é, essencialmente, um negócio jurídico bilateral, equiparado à transação, mas forma *sui generis* deste instituto de direito privado<sup>210</sup>”.

No mesmo sentido é a opinião de Daniel Roberto Fink, quando afirma que o termo de ajustamento de conduta “se constitui em verdadeira transação, aplicando-se-lhe as normas referentes a esta”. Ressalta, ainda, “que pela sua bilateralidade, se constitui em contrato, aplicando-se-lhe, também, todas as normas aplicáveis aos contratos”, de forma que “avençadas as cláusulas e condições, ficam

---

<sup>208</sup> Art. 5º, §6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

<sup>209</sup> Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

<sup>210</sup> NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 156.

verdadeiramente superadas quaisquer possibilidades de discussão de seus termos<sup>211</sup>”.

Também Geisa de Assis Rodrigues considera o compromisso de ajustamento de conduta como negócio jurídico típico de direito privado (embora não propriamente como uma transação), haja vista que os entes públicos legitimados não poderiam firmar acordos sob o regime de direito público, quando estão em posição de superioridade frente ao particular<sup>212</sup>.

Esses autores, porém, ressaltam que o negócio jurídico firmado entre a administração e o particular não seria inteiramente regido pelo direito privado – que sofreria uma certa mitigação pela natureza transindividual dos direitos envolvidos (a princípio indisponíveis) e pela personalidade jurídica de direito público de uma das partes (submetida aos princípios do art. 37 da Constituição Federal). Seria, portanto, um instituto híbrido, situado na interseção entre o direito público e privado<sup>213</sup>.

Para usar a expressão do direito alemão, o termo de ajustamento de conduta seria uma transação regida pelo *direito privado administrativo*. Como observa Almiro do Couto e Silva, o direito privado que se aplica ao estado não pode ser igual ao que se aplica às relações entre particulares. Isso porque a ele se misturam normas adaptativas de direito público, compondo um todo híbrido, a que a doutrina alemã, notadamente, Hans Julius Wolff, chamou de direito privado administrativo<sup>214</sup>.

De acordo com Santiago González-Varas Ibáñez, o direito privado administrativo surge como uma forma de publicizar a atuação administrativa regida pelo direito privado. Seu âmbito de aplicação, portanto, abarca as funções administrativas exercidas por meio de atos do direito privado, obrigando o administrador, nesses casos, ao cumprimento de determinadas normas e princípios

---

<sup>211</sup> FINK, Daniel Roberto. Alternativas à ação civil pública ambiental. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 119-120.

<sup>212</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 138.

<sup>213</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. *Idem*, p. 162.

<sup>214</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista da PGE do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 27, pp. 13-32, 2003, p. 21.

de direito público cuja observância não pode ser elidida. Em outras palavras, o direito administrativo privado é como um remédio para mitigar o emprego do direito privado na administração<sup>215</sup>.

Há, porém, algumas dificuldades na classificação dos acordos substitutivos como espécie de transação disciplinada pelo direito privado, ainda que pelo direito privado administrativo.

Em primeiro lugar, o regramento do art. 840 do Código Civil foi concebido para disciplinar relações jurídicas patrimoniais, individuais e livremente disponíveis. As transações previstas na Lei das Ações Cíveis Públicas e em outros dispositivos semelhantes (Lei Federal nº 6.385/76, Decreto nº 99.274/90 e Lei Federal nº 12.529/11), contudo, versam sobre direitos transindividuais, em princípio indisponíveis, e que, nem sempre, possuem expressão patrimonial quantificável. Parece, então, pouco adequado identificar o acordo envolvendo a negociação de prerrogativas públicas, com a transação regulada pelo Código Civil.

Nesse sentido, Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández afirmam que os atos concertados entre administração e particulares não encontram paralelo no direito privado, porque não supõe nenhum tipo de colaboração patrimonial entre as partes, ou seja, de trocas econômicas. Ao contrário, trata-se de transações tendo em vista uma obrigação ou vantagem típicas de uma relação jurídica pública, como nos acordos para desapropriação, ou nos contratos fiscais<sup>216</sup>.

Além disso, a permissão de soluções concertadas na atuação administrativa não implica, necessariamente, a renúncia dos atos unilaterais e imperativos, associados ao direito público. Isso porque, apesar do estímulo ao consenso do particular na elaboração de atos administrativos, a atuação unilateral continua potencialmente à disposição do estado, de modo que este não abandona sua posição de autoridade frente ao particular. O regime jurídico aplicável, portanto, continua sendo o direito administrativo.

---

<sup>215</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. **El Derecho Administrativo Privado**. Madri, 1996, pp. 103-105.

<sup>216</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. *Op. Cit.*, p. 670.



#### 4.2.2 Contrato administrativo

Entendendo que o estado não poderia firmar compromissos ou negócios jurídicos típicos de direito privado envolvendo o exercício das suas funções públicas, parte da doutrina classifica os acordos substitutivos como contratos de direito administrativo.

Essa é a posição de Rodrigo Fernandes, afirmando que “o ajustamento de conduta responde satisfatoriamente à natureza jurídica de contrato administrativo típico”<sup>217</sup>. O acordo substitutivo, para esse autor, não seria compatível nem com o regime jurídico de direito privado (diante da indisponibilidade do interesse público tutelado), nem com o regime jurídico próprio do ato administrativo (unilateral por definição). Seria um contrato administrativo tradicional, compartilhando todas as suas prerrogativas e sujeições, especialmente, a existência de cláusulas exorbitantes em favor da administração e a necessidade de vinculação à finalidade pública<sup>218</sup>.

Isso porque as condições estabelecidas nos termos de ajustamento de conduta estariam sujeitas às variáveis imposições do interesse público, o que exigiria certa maleabilidade no ajuste, ressalvando, porém, os interesses patrimoniais do contratante privado. Vale dizer, mesmo após a celebração do acordo, a administração manteria a sua posição de supremacia em relação ao particular, através das chamadas cláusulas exorbitantes, tal como concebidas na doutrina tradicional dos contratos administrativos<sup>219</sup>.

Também Onofre Alves Batista Júnior prefere denominar de *contrato administrativo alternativo* a transação realizada entre o poder público e o particular por meio da qual se constituem, modificam ou extinguem relação jurídica típica de direito administrativo, mediante concessões recíprocas, no intuito de possibilitar uma atuação mais eficiente e democrática, como alternativa consensual à edição de um ato administrativo unilateral, especiosamente para prevenir ou encerrar

---

<sup>217</sup> FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 77-78.

<sup>218</sup> FERNANDES, Rodrigo. *Idem, ibidem*.

<sup>219</sup> FERNANDES, Rodrigo. *Idem, ibidem*.

controvérsia<sup>220</sup>. Isso porque, para esse autor, os negócios jurídicos nos quais são pactuados direitos e deveres próprios de normas jurídicas de direito administrativo são contratos administrativos<sup>221</sup>.

De fato, a definição legal de contrato administrativo, prevista no parágrafo único do art. 2º da Lei Federal nº 8.666 de 1993, é bastante ampla, capaz de abranger todo e qualquer ajuste, entre órgãos ou entidades da administração e particulares, em que haja um acordo de vontades para formação de um vínculo com obrigações recíprocas<sup>222</sup>. Todavia, não nos parece que os acordos substitutivos da atuação unilateral sigam essa mesma disciplina jurídica, concebida, especialmente, para a execução de obras públicas, aquisição de bens e serviços, e alienações patrimoniais.

Nesse sentido é posição de Marçal Justen Filho, ao assinalar que a definição ampla de contrato administrativo contida no art. 2º da Lei Federal nº 8.666 de 1993 abrange, na verdade, figuras heterogêneas entre si<sup>223</sup>. Para esse autor, o conceito de contrato administrativo em sentido amplo comportaria três espécies de negócios jurídicos distintos, a saber, os contratos em sentido estrito, os contratos de direito privado e os demais acordos de vontade da administração pública. Estes últimos, contudo, estariam mais próximos dos instrumentos regulatórios de ordenação de condutas, não estando sujeitos à Lei Federal nº 8.666 de 1993<sup>224</sup>.

Nesses casos, para Justen Filho, o estado instaura regulações consensuais, ao invés de impor uma solução unilateral, tendo em vista a redução da litigiosidade e a ampliação da legitimidade de suas decisões. Destarte, tais acordos não seriam propriamente negócios jurídicos comutativos, pois não haveria correspondência entre as prestações realizadas pelas partes, nem haveria sentido em sujeitá-los às

---

<sup>220</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Op. Cit.*, p. 21.

<sup>221</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Idem*, p. 293.

<sup>222</sup> Art. 2º, parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

<sup>223</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 470.

<sup>224</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Lei de Licitações Comentada**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 700.

denominadas “prerrogativas extraordinárias” próprias dos contratos administrativos em sentido estrito<sup>225</sup>.

Também Fernando Dias Menezes de Almeida assinala que a Lei Federal nº 8.666/93 possui um raio de abrangência demasiadamente alargado e que a consequência disso é uma significativa expansão, ao menos em termos potenciais, do seu regime a todas as formas contratuais do poder público<sup>226</sup>. Contudo, entende que a reunião de todos os casos de atuação consensual da administração sob o mesmo regime da Lei Federal de Contratos Administrativos, excessivamente detalhado, não se mostra adequado diante da enorme complexidade dessa realidade e da diversidade de regimes jurídicos a que estão submetidas.

A solução estaria na completa reformulação da teoria tradicional dos contratos administrativos, hoje cristalizada no regime estabelecido na Lei nº 8.666/93<sup>227</sup>. Partindo, então, do que entende ser a “essência da relação contratual” (o ato bilateral criador de uma relação jurídica vinculante às partes), esse autor propõe a divisão dos contratos administrativos em dois “módulos convencionais” distintos: *i*) os casos em que uma nova relação jurídica é criada, necessariamente, a partir do acordo de vontade das partes envolvidas; *ii*) e os casos em que a administração teria o poder de decisão unilateral, independentemente do acordo de vontades, mas decide substituir o exercício desse poder por um acordo de vontades.

Em suma, para Menezes de Almeida, os acordos substitutivos da ação unilateral seriam, em essência, contratos administrativos. Mas para que pudessem ser classificados como tal, seria necessário a implementação de mudanças profundas na teoria tradicional do contrato administrativo, bem como pontuar que essas negociações não estariam submetidas ao regime jurídico da Lei Federal nº 8.666/93.

#### 4.2.3 Ato administrativo consensual

---

<sup>225</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 471.

<sup>226</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Op. Cit.*, p. 203.

<sup>227</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Idem*, p. 238.

Tratando do direito espanhol, Luciano Parejo Alfonso entende que os acordos que o poder público celebra com os particulares com o objetivo de substituir o exercício de uma atividade unilateral constituem verdadeira novidade no direito administrativo, sem plena integração nas suas categorias tradicionais<sup>228</sup>. De um lado, se assemelham aos contratos, enquanto negócio jurídico bilateral, de outro, seguem o mesmo processo tendente à edição do ato administrativo unilateral, compartilhando o seu regime jurídico. Seriam, dessa forma, figuras contratuais no resultado, mas atos unilaterais quanto ao modo de produção<sup>229</sup>.

Os acordos substitutivos pertenceriam, então, a uma nova categoria de ato administrativo *lato sensu*, que deveria passar a contemplar três subespécies: *i*) os atos administrativos unilaterais; *ii*) os contratos administrativos; e *iii*) os atos administrativos consensuais. Estes últimos, embora tenham a forma de negócio bilateral, compartilham o conteúdo e regime jurídico próprio dos atos administrativos unilaterais. Nas palavras de Parejo Alfonso:

Este acuerdo es, en tanto que forma convencional de terminación del procedimiento administrativo, una forma alternativa de desarrollo de la actividad administrativa unilateral, teniendo objeto y contenido idénticos a ésta. Supone, por ello mismo, un ejercicio de las potestades administrativas acordado o consensuado con las partes en el procedimiento administrativo, lo que vale decir una determinación última acordada o consensuada del Derecho en el caso concreto. (...) El *quid novum* de esta forma alternativa de actividad administrativa radica justamente en que la voluntad de los ciudadanos contribuye directamente, como tal, a establecer los términos y condiciones de las relaciones jurídico-administrativas concretas, haciendo emerger éstas al primer plano del Derecho administrativo<sup>230</sup>.

Hugo Nigro Mazzilli, ao examinar o compromisso de ajustamento de conduta previsto na Lei Federal nº 7.347/85, entende que se trata de um ato administrativo bilateral (ou um negócio jurídico de direito público), que se consubstancia a partir de uma declaração de vontade do poder público coincidente com a do particular. Embora considere que não poderia haver qualquer transação do direito material por

<sup>228</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Op. Cit.*, p. 751.

<sup>229</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. v.3. Belo Horizonte, Fórum, pp. 11-43, 2003, p. 11.

<sup>230</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **Manual de Derecho Administrativo**, 5. ed. Barcelona: Ariel, 1998, p. 752.

meio do compromisso de ajustamento de conduta (renúncia ou concessões recíprocas), o que importaria a disponibilidade do interesse público, esse autor entende que os órgãos públicos legitimados poderiam se comprometer, contudo, a não exercer uma prerrogativa processual, qual seja, a propositura da ação civil pública<sup>231</sup>.

Também Andreia Cristina Bagatin entende que a classificação mais adequada para os acordos que impliquem a negociação de prerrogativas públicas seria a de “atos administrativos consensuais”, pois, além de destacar a faceta negocial dessa nova forma de atuação administrativa, não perderia de vista que o consenso paira sobre competências que originalmente deveriam ser exercidas unilateralmente<sup>232</sup>.

Com efeito, no que toca ao regime jurídico aplicável, tem-se que os atos que pressuponham a negociação de competências unilaterais não poderiam ser conduzidos à disciplina dos contratos administrativos estabelecida na Lei Federal nº 8.666 de 1993, diante da evidente disparidade entre essas duas realidades. A rigor, o regime jurídico aplicável a esses acordos é aquele dos atos administrativos em geral, com o aporte de garantias adicionais em favor do administrado quanto à estabilidade do compromisso que a administração optou por firmar.

Dessa forma, para Cristina Bagatin, o mais certo seria integrar essa modalidade de atuação administrativa à categoria geral dos atos administrativos *estricto sensu*, estando mais próximo dos atos que resultam de declarações unilaterais da administração<sup>233</sup>. Até porque, como destaca Juliana Bonacorsi de Palma, que compartilha o mesmo entendimento, a ameaça da imposição de sanção pela administração pública permanece um relevante elemento de barganha para celebração de acordos substitutivos. Tais atos permanecem no campo dos instrumentos “exorbitantes” da administração, na medida em que as negociações dos acordos substitutivos não são tão paritárias como tende a defender parcela da doutrina ao tratar das relações horizontalizadas na consensualidade<sup>234</sup>.

Já para Vasco Dias Pereira da Silva, nem mesmo seria necessário a criação de uma nova categoria de ato administrativo, uma vez que os acordos celebrados

---

<sup>231</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. Cit.*, pp. 436-437.

<sup>232</sup> BAGATIN, Andreia Cristina. *Op. Cit.*, p. 199.

<sup>233</sup> BAGATIN, Andreia Cristina. *Idem*, p. 200.

<sup>234</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 283.

pela administração não poriam em causa a sua natureza essencialmente unilateral. No entendimento deste autor, “a fonte de validade (e de eficácia) de tais decisões não é o consenso das partes, mas a manifestação de vontade unilateral da Administração, independentemente de se saber se as autoridades administrativas e os particulares se puseram ou não previamente de acordo acerca do seu conteúdo (em parte, ou no todo)”<sup>235</sup>.

Segundo Pereira da Silva, várias decisões “unilaterais” da administração nada mais fazem que consolidar negociações. No campo da política económica, por exemplo, são editadas decisões unilaterais que apenas o são na aparência, sendo, na verdade, fruto de acordos realizados com os particulares. Mesmo os atos unilaterais clássicos estariam recheados de disposições concertadas, de modo que se pudéssemos submetê-los à radioscopia, como fazem os laboratórios dos museus que reconstituem a história de um quadro através da análise de pinturas sucessivas, ver-se-ia que dissimulam camadas de compromisso<sup>236</sup>. O resultado bilateral dos acordos administrativos não seriam, portanto, um diferencial em relação ao ato administrativo unilateral.

Não obstante, o autor reconhece que a figura do acordo implica, ao menos, o alargamento da noção de ato administrativo, uma vez que tais negociações desmontam a ideia de que a administração age através da aplicação mecânica do direito ao caso concreto. Os atos administrativos, desse modo, já não podem mais ser considerados enquanto simples manifestação de uma administração todo-poderosa, cuja vontade se impõe coercitivamente aos particulares, antes o resultado de formas de colaboração<sup>237</sup>.

#### 4.2.4 Conclusão

Como se viu, parte da doutrina entende que as transações envolvendo o exercício das prerrogativas públicas seriam um negócio jurídico híbrido, regido pelo

---

<sup>235</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 474.

<sup>236</sup> SILVA, Vasco Pereira da. *Idem*, p. 467.

<sup>237</sup> SILVA, Vasco Pereira da. *Idem*, p. 476.

direito privado administrativo. Para outros, tratar-se-ia de um contrato administrativo tradicional, regido pela Lei Federal 8.666 de 1993. Por fim, há quem sustente que os acordos substitutivos não seriam muito diferentes do ato administrativo unilateral, compartilhando o seu regime jurídico e conteúdo.

Retomando o que se pontuou no início desse capítulo, as classificações jurídicas não são verdadeiras ou falsas, são apenas úteis ou inúteis. E serão úteis se apresentarem uma área de conhecimento de modo mais compreensível, ou se forem capazes de delimitar, com mais precisão, o campo de aplicação de um determinado instituto do direito.

Tendo em vista esses dois critérios (facilidade de compreensão e adequação ao regime jurídico aplicável), entende-se que os acordos substitutivos se amoldam com mais facilidade à categoria dos atos administrativos em sentido estrito, compartilhando o mesmo conteúdo e regime jurídico dos atos unilaterais. Isso porque o acordo implica, tão somente, a adoção de procedimento alternativo de decisão administrativa, mais aberto à participação dos sujeitos, permanecendo em potência o poder de imposição unilateral.

Embora tanto o poder público como o particular possam, indistintamente, apresentar propostas de acordos substitutivos e sua realização ato dependa do consentimento de ambas as partes, pública e privada, a celebração do ato bilateral encontra-se dentro do campo da discricionariedade administrativa, sendo que a atuação imperativa e a atuação consensual são duas opções colocadas à disposição da administração pública para escolha dentro da margem de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico. Não há que se afirmar, portanto, em um direito à celebração de acordo administrativo ao particular<sup>238</sup>.

O dilema dos acordos que envolvem a negociação do exercício da autoridade administrativa é que eles não se amoldam com facilidade às categorias tradicionais do direito. Assim, independentemente da solução adotada, será sempre necessário promover algumas adaptações nos conceitos tradicionais, para que possam se ajustar a essa nova realidade. Ocorre que as adaptações realizadas nas outras propostas de classificação são mais complexas, menos intuitivas e, por vezes, acabam por induzir à aplicação de um regime jurídico equivocado.

---

<sup>238</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 285.

De fato, é excessivamente complexa a proposta de classificação dos acordos que envolvem a negociação de prerrogativas públicas como espécie de transação disciplinada pelo direito privado. São tantas as ressalvas feitas por quem sustenta esse entendimento, que a proposta perde em clareza. É que, ao contrário dos atos privados tradicionais, esses atos bilaterais tratam de interesses, em princípio, indisponíveis, direitos cujos titulares não são os indivíduos e obrigações que, nem sempre, possuem equivalência patrimonial quantificável. Além disso, tais acordos recebem a incidência direta de princípios de direito público, de modo que seriam regidos não pelo direito privado propriamente dito, mas pelo direito privado administrativo.

Ressalte-se, ainda, que essa proposta tem dificuldade em explicar porque a decisão unilateral continua, potencialmente, à disposição do estado, mantendo este a sua posição de autoridade frente ao particular. É mais fácil e direto, portanto, classificar os acordos substitutivos como ato jurídico regido pelo direito administrativo, em que pese a sua característica consensual, que, como já se ressaltou, não chega a ser incompatível com esse regime.

De outro lado, tem-se que os atos que pressuponham a negociação de competências unilaterais não poderiam ser conduzidos à categoria dos contratos administrativos, tal como disciplinada na Lei Federal nº 8.666 de 1993. Não obstante compartilhem a roupagem de contrato (enquanto ato bilateral criador de uma relação jurídica vinculante às partes) ainda há diferenças quanto ao regime jurídico aplicável, que não recomendam agrupá-los nessa mesma categoria.

Ademais, mesmo considerando o contrato administrativo em seu sentido amplo, os acordos substitutivos da decisão unilateral da administração ainda não teriam “bilateralidade” suficiente ingressar nessa classificação. Isso por uma razão muito simples: o particular não tem liberdade de negociação com a administração desde o início, não podendo optar por participar ou não da relação jurídica.

Enfim, muito embora os acordos substitutivos da decisão unilateral, em um sentido lato, possam ser considerados como contratos – como composição de interesses, acordo de vontades – a classificação mais adequada ainda é a de ato administrativo, figura com a qual compartilham o regime jurídico e conteúdo.



### 4.3 INSTITUTOS CONGÊNERES

Os acordos substitutivos da sanção administrativa guardam semelhança com outros institutos jurídicos que envolvem a transação de interesses, ou a participação ativa de particulares no âmbito da administração pública. É o caso, por exemplo, das transações sobre direitos patrimoniais, dos negócios jurídicos processuais, da convenção de arbitragem, das transações fiscais, das denúncias espontâneas do direito tributário, dos atos ampliativos de direitos e dos acordos integrativos que, assim como os atos administrativos consensuais, realizam-se de por meio da negociação ou do consenso. Faz-se, então, necessário apresentar, ainda que em linhas gerais, essas figuras jurídicas similares, de modo a contrapor-las aos acordos substitutivos da sanção administrativa.

#### 4.3.1 As transações envolvendo direitos patrimoniais

Em primeiro lugar, cumpre assentar que os acordos substitutivos da sanção administrativa se diferem das transações envolvendo direitos patrimoniais realizadas pelo poder público. Com efeito, a transação é espécie de negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes previnem ou encerram conflitos relativos a bens disponíveis por meio de concessões recíprocas, nos termos do art. 844 do Código Civil. Podem ser realizadas tanto para *prevenir* um litígio (transação preventiva, ou extrajudicial), como para *encerrar* um litígio em andamento (transação terminativa, ou judicial).

A transação preventiva, ou extrajudicial, é causa de extinção das obrigações, convertendo uma situação jurídica incerta, que ainda não chegou à órbita do judiciário, em uma posição segura<sup>239</sup>. Já a transação terminativa, ou judicial, como assinalam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, é espécie de

---

<sup>239</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol 2, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 180.

autocomposição – à semelhança do reconhecimento da procedência do pedido pelo réu ou da renúncia à pretensão pelo autor – no qual as partes encerram o litígio mediante concessões mútuas<sup>240</sup>. Ademais, é causa de extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do 487 do Código de Processo Civil de 2015, de modo que sua homologação, pelo magistrado, faz coisa julgada.

As similaridades entre as transações previstas no art. 844 do Código Civil e os acordos substitutivos da sanção, contudo, limitam-se à bilateralidade dos atos jurídicos e à realização de concessões recíprocas pelas partes. O objeto da negociação é diverso nessas figuras e, no caso das transações judiciais, o procedimento para sua realização também é outro. Se nos acordos substitutivos as partes negociam em torno do exercício das competências públicas (aplicação ou não de sanções), a transação do art. 840 do Código Civil versa sobre direitos patrimoniais disponíveis. Demais, na modalidade judicial, o ato deve ser homologado de acordo com as regras do processo civil e não do processo administrativo.

O fato de envolver direitos patrimoniais “disponíveis” não impede a realização de transações pela administração. De acordo com Romeu Felipe Bacellar Filho, não há sentido em se recusar ao poder público a utilização do instituto previsto no art. 840 do Código Civil, senão na mera sacralização do estado – o que dificulta sua inserção no panorama de bilateralidade e consenso. Para esse autor, a administração pode celebrar acordos e transacionar a fim de prevenir ou encerrar litígios, valorando, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção das finalidades previstas no ordenamento<sup>241</sup>.

Até porque transacionar não importa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir sua concretização de forma mais eficiente, o que

---

<sup>240</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. vol 1, 14 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 639.

<sup>241</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 193. No mesmo sentido: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na Execução contra a Fazenda Pública. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 23, 2010, p. 12. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016; DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da Transação entre o Poder Público e Particular. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, pp. 11-24, 2002; e BADIN, Arthur Sanchez. A transação judicial como instrumento de concretização do interesse público. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, FGV, v. 252, 2009.

inclui a participação dos particulares interessados na prevenção de um conflito<sup>242</sup>. Como ressalta Eros Grau, o poder público pode dispor dos seus direitos patrimoniais sem que, com isso, esteja preterindo o interesse público; basta verificar “que a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles”<sup>243</sup>.

A transação, enquanto método alternativo de solução de disputas, é cada vez mais valorizada, sobretudo diante da sobrecarga do judiciário. Tendência abraçada pelo legislador que, sob o influxo da consensualidade, editou diversos diplomas normativos prevendo transação dos interesses patrimoniais da administração, como, por exemplo, a Lei nº 8.197/91, que disciplinava a transação judicial sobre conflitos patrimoniais pela administração federal (questão atualmente regulada na Lei nº 9.469/97), a Lei nº 10.259/01, que dispõe sobre a transação da administração federal nos juizados especiais cíveis, e, mais recentemente, o Novo Código de Processo Civil, que prevê a criação de câmaras de mediação e conciliação, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos envolvendo relações jurídicas administrativas (art. 174).

#### 4.3.2 Os negócios jurídicos processuais

Os acordos substitutivos da sanção guardam similaridade com os negócios jurídicos processuais, na medida em que ambos envolvem negociações de prerrogativas públicas, com flexibilização de procedimentos de observância obrigatória, em princípio. Com efeito, o negócio jurídico processual, ao contrário do negócio jurídico material, tem por objeto uma relação de direito público (a relação jurídica processual), exigindo compatibilização com normas de caráter cogente,

---

<sup>242</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Idem. Ibidem.*

<sup>243</sup> GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, vol. 3, n. 2, pp. 49-58, 2002, p. 58.

que visam a preservar não somente os interesses das partes, mas também os interesses da administração da justiça e da sociedade em geral<sup>244</sup>.

Tal como os acordos substitutivos, os negócios jurídicos processuais seguem a tendência de maior maleabilidade e aproximação entre indivíduo e poder público. Como observam Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, esses instrumentos, que também se inserem no discurso de ampliação da consensualidade administrativa, conferem novo *status* ao jurisdicionado por meio da recomposição geométrica da sua relação com o estado. Nessa estrutura renovada, a verticalidade estrita (a ordem, o comando ou a imposição) cede espaço para uma organização mais horizontal (o diálogo, a participação ou a concertação), de modo que o estado não apenas impõe, mas também dialoga e compõe com os jurisdicionados<sup>245</sup>.

Previstos de forma explícita nos arts. 190<sup>246</sup> e 200<sup>247</sup> do Código de Processo Civil de 2015, os acordos processuais não são novidade no ordenamento brasileiro. O Código de Processo Civil de 1973 já previa, de modo pontual, a possibilidade de disposição a respeito de normas processuais como, por exemplo, a eleição do foro (art. 111<sup>248</sup>), a negociação contratual do ônus da prova (art. 333, parágrafo único<sup>249</sup>) e a suspensão do processo por convenção das partes (art. 265, II<sup>250</sup>). No Código de Processo Civil de 2015, contudo, a inclinação ao *contratualismo* é mais acentuada, ampliando o seu campo de incidência – não somente a partir da regra

---

<sup>244</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastró Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 357.

<sup>245</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os 'acordos processuais' no novo CPC – Aproximações preliminares. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, n. 34, pp. 103-107, 2015, p. 105. Disponível na internet: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

<sup>246</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

<sup>247</sup> Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

<sup>248</sup> Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

<sup>249</sup> Art. 333. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

<sup>250</sup> Art. 265. Suspende-se o processo: (...) II - pela convenção das partes.

geral dos arts. 190 e 200, mas também por meio de previsões específicas, como aquelas dispostas no art. 191<sup>251</sup> e no art. 471<sup>252</sup>.

Para Fernando da Fonseca Gajardoni a flexibilização do processo civil pode ser analisada a partir de três modalidades principais: *i) a flexibilização procedimental legal*, em que o legislador deixa a critério do órgão judicial a adaptação do procedimento; *ii) a flexibilização procedimental voluntária*, em que as partes negociam a modificação do procedimento entre si, sem interferência do magistrado; *iii) e a flexibilização procedimental judicial*, em que o juiz, em colaboração com as partes, modifica o procedimento, ainda que não haja permissão legal específica<sup>253</sup>. São, especialmente, nessas duas últimas categorias que se inserem os negócios jurídicos processuais.

Os negócios jurídicos processuais mais comuns envolvem a *flexibilização procedimental voluntária*, sendo também chamados de acordos processuais bilaterais<sup>254</sup>, na medida em que são realizados pelos próprios interessados, independentemente de negociações com a autoridade. Podem ser celebrados antes mesmo da propositura da demanda, em instrumentos particulares, nos quais os poderes, faculdades, deveres e ônus processuais são ajustados às especificidades da relação concreta. Diferentemente dos acordos substitutivos da sanção administrativa, é o negócio jurídico realizado entre agentes “privados” que derroga o procedimento “público”, bastando o acordo das partes para afastar normas processuais, em princípio, imperativas.

Nos ajustes processuais bilaterais, a racionalidade subjacente é que se as partes podem resolver a lide pela autocomposição, retirando-a da órbita do judiciário, não há porque impedi-las de negociar também o procedimento adequado para se chegar a solução do conflito. Trata-se, a rigor, de forma de solução consensual do litígio, ensejando a possibilidade de acordo sobre o modo mais

---

<sup>251</sup> Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

<sup>252</sup> Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I - sejam plenamente capazes; II - a causa possa ser resolvida por autocomposição.

<sup>253</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 139.

<sup>254</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. Comentário ao artigo 190. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie, TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 592.

conveniente de resolvê-lo, especialmente quando não for possível a sua própria resolução pela via amigável<sup>255</sup>. O negócio jurídico processual bilateral é, pois, figura próxima da transação do direito material, pela qual as partes previnem ou encerram conflitos relativos a bens disponíveis por meio de concessões recíprocas (art. 844 do Código Civil).

A celebração dos negócios jurídicos processuais bilaterais, com efeito, está sujeita a requisitos bastante similares à transação de direito material. Nos termos do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015: *i*) o direito material envolvido deve admitir autocomposição; *ii*) os acordos devem atender às condições de validade dos atos civis (art. 104 do Código Civil); *iii*) e não devem ser firmados em contrato de adesão de forma abusiva, ou de modo a deixar a uma das partes em situação de manifesta vulnerabilidade. Demais, não é necessária a homologação do negócio pelo juiz que, todavia, poderá anular, de ofício ou a requerimento das partes, os atos que não preenchem as condições exigidas na legislação.

Mais próximos dos acordos substitutivos estão os negócios processuais que envolvem a *flexibilização procedimental judicial*, uma vez que exigem a participação e a concordância do poder público na transação (também chamados de acordos processuais plurilaterais<sup>256</sup>). É a hipótese, por exemplo, do art. 191 do CPC de 2015, que trata do estabelecimento do calendário dos atos processuais, ou ainda das situações que envolvem a disposição de prazos, que por afetar diretamente a administração da justiça, exige-se o comum acordo não só das partes, mas também do órgão jurisdicional<sup>257</sup>.

Com efeito, nos casos em que o ajuste almejado pelas partes possa interferir de modo direto sobre a esfera de atuação do juiz, é imprescindível que este participe na celebração do ato, confirmando sua viabilidade prática. Até porque, como ressalta Eduardo Talamini, nos negócios processuais que envolvem uma programação de condutas para o próprio magistrado, as partes só terão como

---

<sup>255</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Idem, ibidem*.

<sup>256</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 357.

<sup>257</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Idem*, p. 354.

vinculá-lo se ele for previamente consultado, aferindo a factibilidade daquilo que se pretende<sup>258</sup>.

Embora os negócios processuais plurilaterais se aproximem dos acordos substitutivos, por envolver a negociação de prerrogativas públicas entre particulares e autoridade estatal, as duas figuras ainda não se confundem. Enquanto os negócios jurídicos processuais são realizados com a autoridade judicial, no exercício da função jurisdição, os acordos substitutivos são firmados com a participação da autoridade administrativa, no exercício de uma potestade administrativa sancionadora.

#### 4.3.3 As transações fiscais e as denúncias espontâneas

A transação fiscal é o acordo firmado entre o sujeito passivo da obrigação tributária e o estado que, mediante a realização de concessões recíprocas, extingue a relação jurídica, nos termos dos arts. 156, III, do Código Tributário Nacional. Assim, cada parte abre mão de parcela de seu interesse com o objetivo de atingirem ponto em comum, encerrando o litígio fiscal. A eficácia desse dispositivo, porém, é limitada, tendo em vista que o art. 171 do Código Tributário Nacional dispõe que lei futura indicará as autoridades competentes para autorizar, em cada caso, a transação, bem como suas condições<sup>259</sup>.

Enquanto alguns autores, como Sacha Calmon Navarro Coêlho, sustentam que, pelo sistema tributário brasileiro, apenas seria cabível a transação *terminativa*, ou *judicial*<sup>260</sup>, outros, como Paulo de Barros Carvalho, entendem que a transação poderia ocorrer também na esfera *extrajudicial*, abrangendo as controvérsias surgidas no âmbito dos processos administrativos<sup>261</sup>. Nesta última modalidade, a

---

<sup>258</sup> TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, nº 104, 2015, p. 6. Disponível na internet: < <http://www.justen.com.br/informativo> >. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

<sup>259</sup> A lei de que trata o art. 171 do Código Tributário Nacional ainda não foi editada, embora tramite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.412/2007 tendo em vista esse fim.

<sup>260</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 744.

<sup>261</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 428.

transação fiscal se assemelharia aos acordos substitutivos da sanção, na medida em que permitiria a edição de um ato administrativo consensual (contemplando, dessa forma, a participação ativa do sujeito passivo), em substituição ao ato de imposição do pagamento, em regra, vinculado e obrigatório ao poder público (art. 3º do Código Tributário Nacional).

Todavia, ainda que a transação fiscal realizada na esfera administrativa guarde maiores semelhanças com os acordos substitutivos da sanção, por pressupor a negociação de prerrogativas públicas no âmbito do processo administrativo, esses dois institutos não se equiparam. É que, ao contrário dos acordos substitutivos da sanção, a transação fiscal tem por objeto o tributo (prestação pecuniária compulsória em favor do estado) que, segundo o art. 3º do Código Tributário Nacional, não se confunde com as sanções (consequências negativas impostas pelo ordenamento tendo em vista a repressão à prática de atos ilícitos)<sup>262</sup>. De fato, enquanto o tributo tem fundamento no dever dos cidadãos de contribuir para a realização dos fins do estado, as sanções visam a refrear comportamentos indesejados pela sociedade.

Instituto mais próximo dos acordos substitutivos da sanção é a denúncia espontânea da infração tributária, prevista no art. 138 do Código Tributário Nacional, no qual as penalidades administrativas são excluídas pela autodenúncia (comunicação espontânea do ilícito tributário pelo agente responsável), acompanhada do ajustamento da conduta do particular (pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito de um valor estipulado pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo depender de apuração).

Não são, todavia, figuras idênticas. Apesar de, assim como nos acordos substitutivos da sanção, a denúncia espontânea prever a substituição da penalidade administrativa (ato unilateral) por medidas mais cooperativas (a troca da imposição da sanção pelo ajustamento da conduta), o provimento final não é construído em conjunto pela administração e pelo sujeito passivo tributário, estando seus efeitos previstos de antemão no Código Tributário Nacional (art. 138). Em outras palavras, diferentemente dos atos administrativos consensuais, a denúncia

---

<sup>262</sup> Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.



espontânea da infração tributária não pressupõe negociação do exercício das potestades administrativas, mas aplicação direta das regras estabelecidas no ordenamento.

#### 4.3.4 Administração e arbitragem

A arbitragem é forma consensual de solução de disputas, negociada em contrato e envolvendo bens patrimoniais disponíveis, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.307/96. Mais precisamente, segundo Carlos Alberto Carmona, é uma técnica de solução de controvérsias por intermédio de um terceiro que, pela convenção das partes, recebe poderes para dirimir o conflito sem a interferência do estado, porém com eficácia de sentença judicial<sup>263</sup>.

Ao contrário dos acordos substitutivos da sanção administrativa, forma de *autocomposição*, em que as próprias partes se ajustam para resolver a disputa, a arbitragem é forma de *heterocomposição*, em que os contratantes elegem um terceiro para decidir, de forma imperativa, a solução do conflito. Além disso, ao submeter uma discussão à arbitragem, diversamente dos acordos substitutivos da sanção e das transações, a administração não está negociando a execução das suas prerrogativas com um particular, ou realizando concessões mútuas atinentes aos seus interesses. As partes, ao convencionarem a arbitragem, apenas escolhem um intermediário para pôr fim ao litígio, não havendo redução de seu patrimônio ou qualquer outra restrição aos seus direitos<sup>264</sup>.

Contudo, o instituto da arbitragem, quando utilizado pelo poder público para dirimir seus conflitos, insere-se na mesma pauta de debates que envolvem as transações patrimoniais e os acordos substitutivos das sanções administrativas, principalmente no que toca à suposta incompatibilidade desses mecanismos negociais com a indisponibilidade dos interesses públicos. No caso da arbitragem,

---

<sup>263</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

<sup>264</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, Atlas, n. 248, pp. 117-126, 2008, pp. 121-122.

sobretudo diante da transferência do poder de solução do conflito envolvendo a administração para um terceiro privado (estranho ao aparelho estatal)<sup>265</sup>.

Caio Tácito destaca a controvérsia que se instaurou após a edição da Lei nº 9.307/96, no sentido da possibilidade, ou não, da administração ajustar convenção de arbitragem para a solução de seus conflitos patrimoniais. Embora ressaltasse que a doutrina e a jurisprudência se inclinavam a entender pela sua incompatibilidade com o regime de direito público, esse autor entendia que a convenção da arbitragem era meio adequado para a solução de conflitos patrimoniais envolvendo a administração, ou atos de gestão das empresas estatais<sup>266</sup>. Outros autores, em seguida, também sustentaram a possibilidade da convenção de arbitragem pela administração<sup>267</sup>.

O emprego de mecanismos privados de resolução de disputas administrativas, todavia, é hoje previsto expressamente na legislação de arbitragem (art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/96, incluído pela Lei nº 13.129/15<sup>268</sup>), além de estar

---

<sup>265</sup> Nesse sentido eram, por exemplo, os fundamentos pelos quais o TCU considerava ilegal a previsão de arbitragem nos contratos com a administração, tolerando-o apenas em situações excepcionais. “É admissível a adoção de juízo arbitral para solucionar pendências em contrato administrativo? A nossa resposta é negativa (...) Fere o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, ao entregar a terceiro que não o Estado-Juiz o poder de decidir sobre a sorte de interesses que a ela, Administração, incumbe curar, o efeito prático disso é fazer disponível esse bem supremo (o interesse público), ao sabor daquilo que o árbitro constituído venha a deliberar sobre a pendência a ela submetida. Igualmente fere o princípio da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, na medida em que direitos enfeixados pela Administração por força da lei ou dos princípios de direito público, tais aqueles consubstanciados nas chamadas cláusulas exorbitantes, e que lhe permitem, dentre outros, alterar unilateralmente o ajuste, decidir sobre a procedência ou não de pleitos versando sobre o restabelecimento da equação financeira, ou sobre a aplicação de sanções ao contratado, seriam ou poderiam, através do juízo arbitral, ser transferidos para terceiro estranho à Administração (o árbitro, no caso)”. (Consulta formulada pelo Ministério de Minas e Energia a respeito da Admissibilidade da adoção de Juízo arbitral para contrato administrativo, Decisão 286/93, Plenário, Processo nº 008.217/93-9, Relator: Homero Santos, Data da sessão: 15/07/1993).

<sup>266</sup> TACITO, Caio. Arbitragem nos Litígios Administrativos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 42, p. 411, 2014.

<sup>267</sup> Nesse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, n. 209, pp. 81-90, 1997; DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 128, pp. 63-67, 1995; MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, n. 223, pp. 115-131, 2001; GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, vol. 3, n. 2, pp. 49-58, 2002; GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, n. 233, pp. 377-385, 2003; JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 12, p. 29, 2007.

<sup>268</sup> Art. 1º, § 1º. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

consagrado em diversos outros diplomas em vista de situações específicas, como, por exemplo, a Lei da concessão comum, Lei nº 8.987/95<sup>269</sup>, a Lei que institui a Agência Nacional do Petróleo, Lei nº 9.478/97<sup>270</sup>, a Lei que institui as Agências Nacionais de Transportes Terrestres e Transportes Aquaviários, Lei 10.233/01<sup>271</sup>, e a Lei de parcerias público privadas, Lei nº 11.079/04<sup>272</sup>.

#### 4.3.5 Os atos administrativos negociais, ou ampliativos de direito

A hipótese de um acordo que substitui o ato unilateral também não se confunde com os atos administrativos que pressuponham o consenso ou, quando menos, a aquiescência de seu destinatário para obter validade jurídica, como as licenças, as permissões, as autorizações e os registros – chamados de atos administrativos negociais por Hely Lopes Meirelles<sup>273</sup> e Miguel Reale<sup>274</sup>, ou de atos administrativos ampliativos de direito, na expressão de Carlos Ari Sundfeld<sup>275</sup>.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, os atos administrativos negociais são provimentos expedidos a requerimento do particular interessado na realização de um negócio jurídico ou de uma atividade dependente da anuência da administração pública. Tais atos são editados no bojo de um processo administrativo, no qual o

<sup>269</sup> Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

<sup>270</sup> Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...) X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

<sup>271</sup> Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: (...) XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem.

<sup>272</sup> Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato (...), podendo ainda prever: (...) III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

<sup>273</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Formação, Efeitos e Extinção dos Atos Administrativos Negociais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, n. 158, pp. 15-19, 1984.

<sup>274</sup> REALE, Miguel. Garantia dos Atos Administrativos Negociais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, pp. 128-132, 1989; e REALE, Miguel. Atos Administrativos Negociais. In: REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

<sup>275</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo, Malheiros, 1993, p. 41.

requerente deve demonstrar a legitimidade de sua pretensão, bem como o atendimento das exigências legais para o deferimento do pedido<sup>276</sup>.

Embora, em princípio, não haja negociação entre o ente privado e o ente público (no sentido de concessões recíprocas), adota-se a expressão “atos negociais” para ressaltar tanto a sua *formação*, que conta com um grau de participação do particular interessado, quanto os *efeitos* produzidos, vez que geram obrigações e direitos recíprocos entre a administração e o particular. Como ressaltava Miguel Reale, esses ajustes resultam na criação de direitos e deveres que, quando não são recíprocos, assumem, ao menos, uma feição “contratual”<sup>277</sup>.

Carlos Ari Sundfeld, no entanto, prefere denominar tais provimentos de atos administrativos ampliativos de direitos. Isso porque que eles investem os particulares em situação jurídica cujo conteúdo é a permissão para realizar ações que de outro modo seriam vedadas, ou a garantia do exercício de determinado direito sem a perturbação por parte do estado e de terceiros. Seus principais exemplos são a licença para construir, que libera o exercício de um dos poderes da propriedade, a autorização para explorar atividade, que atribui o direito de atuar em setor normalmente interdito, e o registro de marca, que assegura a sua exclusividade<sup>278</sup>.

A diferença entre os atos administrativos negociais, ou ampliativos de direitos, e os acordos substitutivos está na força dos vínculos gerados entre o particular e a autoridade, que é bem mais sutil nos primeiros casos. Com efeito, para a aquisição voluntária do direito, o cumprimento das condições previstas pela autoridade não é dever, mas simples ônus a ser observado. Ademais, a situação jurídica criada ao particular não lhe permite exigir nenhuma prestação positiva do estado, apenas a garantia do seu exercício.

Já o ato administrativo consensual que substitui o unilateral, de acordo com Fernando Dias Menezes de Almeida, importa a criação de uma relação jurídica intersubjetiva entre a administração e o administrado que atua de modo a vincular as partes envolvidas em obrigações recíprocas (positivas ou negativas)<sup>279</sup>. Mas não

---

<sup>276</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 15.

<sup>277</sup> REALE, Miguel. Atos Administrativos Negociais. In: REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 134-135.

<sup>278</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.*, p. 41.

<sup>279</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Op. Cit.*, p. 298.

havendo acordo entre as partes, nada impede que a administração se valha do ato administrativo tradicional para atingir o mesmo resultado. O recurso ao ato convencional nesse caso tem o sentido de aproveitar os benefícios inerentes “a essência contratual”, gerando a pacificação social a partir do respeito à confiança e à palavra consensualmente dada. Isso além de potenciais vantagens pragmáticas, ligadas à celeridade e à eficiência das medidas pretendidas.

A distinção é importante, uma vez que a legislação prevê determinados “acordos” ou “termos de compromisso” (linguagem comumente utilizada para designar os acordos substitutivos) que se revelam, a rigor, atos administrativos negociais, ou ampliativos de direito. Notadamente, porque tais negócios jurídicos não substituem a realização de um ato administrativo, em princípio, unilateral.

É o caso, por exemplo, da Portaria nº 91/2014 da Agência Nacional do Petróleo, que estabelece a assinatura de “termo de compromisso” para a autorizar a modificação de refinarias e de unidades de processamento de gás natural, quando houver ampliação da sua capacidade<sup>280</sup>, ou ainda dos “acordos” previstos no art. 42 da Lei 8.987/95, como condição para a manutenção das concessões em caráter precário até a outorga das concessões que as substituirão<sup>281</sup>. Em ambos os casos, não existe alternativa para que a administração possa cumprir suas funções tanto por meio de um ato unilateral, como por um ato consensual, o que é característico dos acordos substitutivos.

---

<sup>280</sup> Art. 1º. (...) I - autorizar o exercício das atividades de modificação de refinarias e de unidades de processamento de gás natural devido à ampliação de capacidade, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Portaria ANP nº 28, de 5 de fevereiro de 1999, providenciando a publicação do respectivo sumário do projeto pretendido; II - autorizar a operação das instalações referidas no inciso I; (...) IV - assinar Termo de Compromisso relativo às autorizações referidas nos incisos I e II.

<sup>281</sup> Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei. (...) § 2º. As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses. § 3º. As concessões a que se refere o § 2º deste artigo, inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que, até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições: (...) II - celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes.

#### 4.3.6 Acordos integrativos

Com base na doutrina italiana, alguns autores, como Fernando Dias Menezes de Almeida e Juliana Bonacorsi de Palma, classificam os atos administrativos editados por meio da participação ativa dos interessados em duas modalidades distintas: *i)* os acordos integrativos, ou procedimentais; e *ii)* os acordos substitutivos.

Os acordos integrativos, no entendimento de Juliana Bonacorsi, caracterizam-se por precederem o ato administrativo final, sem o substituir, razão pela qual também poderiam ser denominados de acordos *endoprocedimentais* ou acordos *preliminares*. Em outras palavras, trata-se de acordos firmados entre a administração pública e o interessado com vistas a modelar o ato final, que continua sendo de competência unilateral da administração<sup>282</sup>. Sua inspiração é o art. 11 da Lei de Processo Administrativo italiana<sup>283</sup> (Lei n. 241/1990), que autoriza a administração pública, de forma genérica, a firmar acordos entre as partes interessadas tanto com o objetivo de *determinar* o conteúdo discricionário do provimento final, como de *substituí-lo*.

Assim, enquanto os acordos *substitutivos* assumiriam o lugar do provimento administrativo, os acordos *integrativos* não afastariam a necessidade de uma decisão, que, não obstante, teria o seu conteúdo diretamente influenciado pela participação dos interessados<sup>284</sup>. Fernando Dias Menezes de Almeida cita como exemplos, no caso brasileiro, as convenções realizadas entre a administração e os particulares, em que estes se comprometem a adotar determinadas condutas como condição para obtenção de autorização, licença ou outra figura que implique o exercício de poder de polícia<sup>285</sup>.

---

<sup>282</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 119.

<sup>283</sup> Art. 11. Ao analisar requerimentos ou observações apresentadas nos termos do artigo 10, a autoridade competente poderá, em atenção ao interesse público e resguardado o interesse de terceiros, firmar acordo com as partes interessadas, com o objetivo de determinar o conteúdo discricionário do provimento final, ou em sua substituição. Tradução livre.

<sup>284</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Op. Cit.*, p. 300.

<sup>285</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Idem, ibidem*.

Correspondem, dessa forma, a situações distintas dos acordos substitutivos, tendo em vista que as negociações nos acordos integrativos são anteriores à decisão propriamente dita, que existirá como um ato administrativo autônomo e distinto. Demais, ao contrário dos acordos substitutivos da sanção, a substituição da ação unilateral do poder público nos acordos integrativos desenvolve-se em processos administrativos “voluntários” e não “litigiosos”, de modo que o cumprimento das condições previstas pela autoridade, da mesma forma que nos atos ampliativos de direitos, não é dever, mas simples ônus a ser atendido pelo interessado.

## **5 OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SEUS REGIMES ESPECÍFICOS**

### **5.1 O REGIME JURÍDICO COMUM DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS**

Diante da opção pelo tratamento pontual pelo legislador, os acordos substitutivos da sanção administrativa não estão submetidos a um regime uniforme. O compromisso de ajuste de conduta na esfera de competências da Comissão de Valores Mobiliários (Lei Federal nº 6.385/76), por exemplo, não segue o mesmo procedimento, nem depende das mesmas condições, que o acordo de leniência previsto na legislação “anticorrupção” (Lei Federal nº 12.846/13). De todo modo, não se pode afirmar que essas figuras consensuais seriam totalmente distintas uma da outra.

Todas as espécies de acordos substitutivos compartilham, ao menos, alguns pontos em comum. Com efeito, tanto nos compromissos de ajustamento de conduta, como nos acordos de leniência, o poder público possui aberta a possibilidade (discricionária) de substituir a ação unilateral pela ação concertada. De outro lado, o particular terá o direito de apresentar uma proposta de acordo e de tê-la apreciada, de forma fundamentada, pela administração. Além disso, as transações firmadas pelo poder público têm efeito resolutivo, pondo fim ao processo administrativo instaurado, mediante a negociação do exercício das suas prerrogativas.

Dessa forma, antes de analisar com detalhes cada uma das espécies de acordos substitutivos, cumpre apresentar os aspectos jurídicos mais relevantes que são compartilhados, de forma geral, por essas figuras – o que se poderia chamar de seu regime jurídico comum.

#### **5.1.1 A questão da discricionariedade**



A atuação administrativa consensual, como já se ressaltou no item 2.4.1., é possível em todas as esferas da administração, não estando limitada aos casos expressamente autorizados em lei. Isso porque, apesar de não haver um permissivo legal genérico, o direito nacional mostra-se aberto aos atos administrativos bilaterais. Além disso, mesmo na ausência de legislação expressa, é possível que a administração disponha a respeito dos acordos substitutivos através de regulamentos (que podem ser editados com base na mesma competência legal que lhe permite a disciplina de determinado setor econômico ou social)<sup>286</sup>.

Quando os acordos substitutivos estão previstos na lei ou no regulamento, ambas as formas de atuação (imperativa, ou bilateral) encontram-se, *simultaneamente*, à disposição do poder público, que poderá eleger o instrumento mais adequado ao restabelecimento da legalidade de acordo com as especificidades do caso concreto. Trata-se de um espaço de liberdade incomum no direito sancionador que, em seu desenvolvimento, seguiu uma trajetória de eliminação do arbítrio e de aumento da objetividade da ação estatal, na medida em que se afastava do poder de polícia do final do século XIX. Essa abertura, contudo, não enseja a redução do sistema de garantias dos acusados, porquanto o ato bilateral, como não poderia deixar de ser, somente será realizado diante do consentimento das partes.

É certo que a administração poderá, por meio da autovinculação<sup>287</sup>, expedir normas para disciplinar a realização dos acordos substitutivos, reduzindo, assim, o espaço de sua discricionariedade. No entanto, a opção pela substituição do ato imperativo pelo consenso está, via de regra, na esfera de liberdade decisória da administração, não se revelando nem forma excepcional, nem forma preferencial

---

<sup>286</sup> Como é o caso, por exemplo, da Resolução nº 152/2003 da ANTT, da Resolução nº 333/2008 da ANEEL, da Resolução nº 987/08 da ANTAQ, da Resolução nº 629/2013 da ANATEL, e dos Decretos Federais nº 6.514/08 (que permite a celebração de acordos substitutivos no âmbito das sanções ambientais) e nº 7.729/12 (que permite a celebração de acordos substitutivos pela ANCINE).

<sup>287</sup> Sobre o tema, MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 24, 2010. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

de ação estatal<sup>288</sup>. É o que Juliana Bonacorsi denomina de *fungibilidade* entre os instrumentos unilaterais e bilaterais disponíveis ao administrador público<sup>289</sup>.

Dessa constatação decorrem duas consequências práticas: *i)* a celebração dos acordos substitutivos encontra-se inserida na margem de discricionariedade administrativa, de modo que, tanto a ação imperativa, como a ação consensual, são opções colocadas à disposição do agente público; *ii)* o ordenamento não estabelece um modo preferencial de exercício das competências administrativas, sendo os atos unilaterais e bilaterais instrumentos fungíveis, cabendo ao poder público eleger a melhor solução diante da situação apresentada.

Embora não se possa ignorar os efeitos positivos dos acordos substitutivos, que podem ensejar o aumento na qualidade e na eficiência da atuação pública, o ato administrativo unilateral continua disponível ao poder público como um mecanismo útil à realização dos interesses sociais. Como ressalta Egon Bockmann Moreira, o poder somente é eficaz quando detentor de atributos que o torne desigual e desproporcional, vale dizer, quando permite relações de subordinação. Se o estado renunciasse completamente aos atos imperativos, tornando-se igual aos demais sujeitos, com capacidades e faculdades equivalentes, já não haveria relação de poder, mas coordenação de interesses entre pessoas livres, autônomas e iguais<sup>290</sup>.

Para esse autor, até mesmo em vista da dimensão do poder econômico detido, atualmente, pelos agentes econômicos, a atividade regulatória do estado há de possuir autêntica característica de poder cogente. Não se está, todavia, afirmando que a regulação de direito público deve se realizar com base na coação e no constrangimento dos particulares, ou que se deve ignorar as conquistas

---

<sup>288</sup> Isso, ainda que determinados dispositivos ressaltem a excepcionalidade dos acordos substitutivos. Por exemplo, o art. 84 da Resolução 987/08 da ANTAQ determina que “a Autoridade Julgadora competente para apreciar o Auto de Infração decidirá sobre a celebração de TAC, de forma *excepcional* e devidamente justificada, desde que este se configure medida alternativa eficaz para preservar o interesse público, alternativamente à decisão administrativa sancionadora”.

<sup>289</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 129.

<sup>290</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas. In: Sérgio Guerra (Org.). **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004, p. 165.

contemporâneas relativas ao declínio da imperatividade no direito público; apenas que as relações de poder ainda encontram seu lugar na ação estatal<sup>291</sup>.

A ação imperativa e unilateral, de fato, permanece um instrumento importante para a afirmação do estado frente aos atores privados<sup>292</sup>. De um lado, se os particulares não vislumbrassem a capacidade coercitiva do poder público, a autoridade regulatória estaria fragilizada; de outro, mesmo quando se pretende que os sujeitos ajustem sua conduta pela via consensual, a perspectiva da sanção continua sendo necessária, enquanto instrumento de barganha do poder público. Nesse sentido, Fabio Medina Osório observa que:

(...) os remédios repressivos são necessários e funcionalmente úteis. Ainda que estejamos em tempos de consensualismo e negociação, com um direito administrativo cada vez mais dialogante e aberto aos acordos, não se pode ignorar que não é possível abdicar dos instrumentos de coerção e repressão. As normas consensuais, premiais e sancionadoras são faces de uma realidade unitária. (...) Tal cenário é importante para que a outra parte fique ciente dos perigos de não negociar e não buscar uma solução. Um forte direito sancionador está na base de um sólido direito consensual<sup>293</sup>.

Para Juliana Bonacorsi de Palma, o fundamental para a garantia da funcionalidade tanto da atuação imperativa quanto da atuação consensual é a *alternância* entre ambas<sup>294</sup>. Sem a constante ameaça da coerção – que não se afirma pela simples previsão normativa de sanções graves, mas pela certeza da sua aplicação pela autoridade – não há acordos administrativos eficazes; e sem a flexibilização dos atos imperativo, o estado passa a andar na contramão das exigências de eficiência e democracia do direito público contemporâneo, colocando a força e a sujeição, não como instrumento de realização dos interesses públicos, mas como fins em si mesmos.

Em suma, a sanção administrativa e o acordo administrativo são ambos instrumentos de ação disponíveis ao poder público, fungíveis e escolhidos com base nos efeitos específicos que podem ser preferidos em um determinado caso

<sup>291</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Idem*, p. 176.

<sup>292</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, 2000, p. 356.

<sup>293</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

<sup>294</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 129.

concreto. Não se pode afirmar que o acordo administrativo tenha surgido em detrimento da atuação administrativa imperativa tradicional, nem mesmo como a forma preferencial de satisfação das competências pela administração no século XXI. São, indistintamente, instrumentos à disposição do poder público no cumprimento de suas competências, escolhidos a partir de uma análise discricionária, mas racional, considerando o contexto no qual se inserem<sup>295</sup>.

### 5.1.2 A dinâmica dos acordos substitutivos

Os acordos substitutivos, quanto previstos no ordenamento, abrem a possibilidade discricionária ao poder público de agir tanto do modo imperativo tradicional, como por meio de um ato baseado no consenso. Essa escolha, no entanto, não ocorre na forma de um ato pontual e isolada, mas no contexto de um processo administrativo com a participação dos interessados. Assim, não basta o exame estático dos acordos substitutivos da sanção administrativa, sendo necessário analisar, também, o modo como esses atos são produzidos, ou seja, a sua dinâmica processual.

Em que pese a noção de processo esteja comumente ligada ao exercício da função jurisdicional, esse fenômeno não é exclusividade do judiciário, ocorrendo em todas as manifestações do poder público<sup>296</sup>. Os atos jurídicos estatais, como se

<sup>295</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Idem, ibidem*.

<sup>296</sup> Odete Medauar observa que há aspectos processuais comuns nos vários âmbitos de atuação jurídica do estado, sendo que essa processualidade compartilharia um núcleo de características fundamentais: *i)* em primeiro lugar, o processo se caracteriza pelo seu elemento dinâmico, que revela um fenômeno em evolução. Esse vir a ser significa que existe subjacente à ideia de processo a dimensão de tempo, ausente na categoria do ato jurídico, elemento final e imobilizado; *ii)* os momentos do processo não significam mera sucessão de fases, mas atos concatenados entre si em que o subsequente depende do precedente, até o ato final. A sucessão de atos destina-se a um resultado final, a decisão, razão de ser do processo. Tem-se, então, o elemento teleológico como vínculo dos atos processuais; *iii)* aponta-se, ainda, a correlação de instrumentalidade entre os atos processuais e a decisão final, encontrando os primeiros sua razão de ser na segunda. Por outro lado, embora estejam unidos à decisão final, esta não suprime a relevância própria de cada ato parcial, sobretudo no que toca à garantia dos direitos dos interessados; *iv)* a prática dos atos anteriores à decisão final não ocorre como algo eventual ou meramente lícito, mas como juridicamente necessária e obrigatória, ou seja, como determinação, em princípio, cogente; *v)* o processo se desenvolve a partir da atividade de múltiplos sujeitos, requerendo a cooperação de várias pessoas ou órgãos de acordo com seu papel preordenado juridicamente. O ato imputado ao

sabe, não se realizam por ações isoladas, mas por intermédio de um processo, enquanto série coordenada de atos, concatenados entre si, tendo em vista a formação da decisão final.

Essa dinâmica se desenvolve, ainda, de forma multilateral, interligando os diversos interessados por um conjunto de direitos, deveres, ônus, poderes e faculdades, que compõe a relação jurídica processual. Mais que uma sucessão de etapas até o último ato, o processo administrativo é um instrumento de garantia dos administrados em face do poder público, abrindo espaços de participação cívica e delimitando a atuação da autoridade <sup>297</sup>.

No estado de direito, o exercício das diversas funções públicas exige a observância de procedimentos previamente disciplinados pelo ordenamento, de forma que o processo é, necessariamente, o *modus operandi* da ação estatal<sup>298</sup>. Isso quer dizer que não se espera apenas a consonância do ato de autoridade com a regra material, mas, também, com o seu meio de produção, que deve atender às normas próprias da seara processual. Por outro lado, apesar de corporificar um conjunto de regras eminentemente formais, repele-se no meio processual o mero formalismo, enquanto exagero no rigor técnico, ou excesso de burocracia, que elevam as formas a um fim em si mesmo. Como já se destacou, o processo é meio (instrumento) e não fim.

O procedimento de formação dos acordos substitutivos não segue, contudo, uma forma rígida. Até porque o próprio processo administrativo pode ser objeto de transação nos acordos substitutivos. Não havendo descaso às garantias do contraditório e da ampla defesa, cabe às partes definir o ritmo das negociações, elegendo a forma mais adequada para, eventualmente, se chegar a um consenso – tudo em tempo e modo compatíveis com complexidade da situação concreta.

---

estado é o resultado da participação mais ou menos intensa de vários sujeitos, principalmente dos seus destinatários; vi) por fim, os sujeitos que exercem papéis no desenvolvimento processual estão interligados por um feixe de direitos, deveres, ônus, poderes e faculdades. Essa complexa ligação entre os sujeitos do processo compõe-se, assim, de posições jurídicas ativas e passivas. Disso se extrai que o processo é, também, relação jurídica, na medida em que corporifica um conjunto de normas destinadas a permitir a participação dos interessados e a delimitar a atuação da autoridade (MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, *passim*).

<sup>297</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 26.

<sup>298</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89.

É possível, porém, vislumbrar, ao menos três momentos distintos no procedimento que leva à celebração dos acordos substitutivos, a saber: *i)* a apresentação da proposta; *ii)* a negociação da proposta; *iii)* e a conclusão, com a aceitação, ou rejeição da proposta.

A *apresentação da proposta* corresponde a primeira fase no procedimento que leva à realização do acordo substitutivo e pode partir tanto da administração, como dos sujeitos interessados. Sendo o diálogo parte da “essência” do processo, o particular terá sempre o direito de apresentar uma proposta de substituição do ato unilateral e de tê-la apreciada pela administração, nos casos em que houver abertura para a extinção do processo pela via consensual. Podem ser apresentadas de forma oral ou escrita<sup>299</sup>. Demais, as propostas poderão ser oferecidas em qualquer momento, mesmo que a sanção já tenha sido imposta pela autoridade – se não houver previsão na lei ou no regulamento fixando um limite temporal para tanto<sup>300</sup>.

Entre a proposta e a celebração do acordo substitutivo, há a fase de *negociação*, em que a administração e o sujeito interessado discutem os termos do ato consensual. Esse é o momento em que as partes praticam os atos preparatórios do ajuste, aproximando o seu contato, expondo suas intenções, levantando informações, trocando pontos de vista e discutindo as condições da transação (obrigações, valores e prazos) até a formação de uma proposta definitiva. Trata-se da fase mais longa e complexa do procedimento que antecede a realização dos acordos substitutivos.

Não há formalidade especial para os atos de negociações, que podem ocorrer tanto por escrito, como de forma oral em reuniões presenciais ou por meio

---

<sup>299</sup> Por exemplo, o art. 200, do Regimento Interno do CADE, ao prever que “a proposta de celebração de acordo de leniência pode ser feita oralmente ou por escrito”.

<sup>300</sup> É o caso da Resolução nº 333/2008 da ANEEL, ao estabelecer, no seu art. 2º, que o acordo substitutivo somente poderá ser apresentado antes da interposição de recurso: “o TAC poderá ser solicitado por concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, no curso do processo de fiscalização instaurado, a partir do recebimento do Termo de Notificação – TN pela notificada, até o prazo para interposição do recurso (...)”. Também o art. 2º, § 1º, da Resolução nº 372/15 da ANS impede a celebração de acordo substitutivo ao final do processo sancionador: “o TCAC poderá ser proposto pelas Operadoras à ANS, ou, de ofício, pela ANS às Operadoras, até o trânsito em julgado da decisão de aplicação de penalidade no processo sancionador correspondente”. Em casos dessa natureza, em que a etapa do processo administrativo na qual será celebrado o acordo encontra-se definida no texto normativo, não será possível substituir a sanção cominada por um mecanismo consensual.

eletrônico (teleconferências, *internet* e telefone). Estando os pontos de concordância, progressivamente atingidos, documentados em atas, termos ou mesmo em minutas de compromisso, estes devem ser interpretados como meras tratativas, sem vincular as partes. Embora não obriguem quem as formule, servem, porém, de subsídio para a interpretação de um futuro acordo substitutivo<sup>301</sup>.

Outra questão decorrente da fase de negociações é saber se a autoridade poderá utilizar os dados e documentos, obtidos nas tratativas com o agente privado, como base probatória para a aplicação da sanção, ou para o ajuizamento de eventual demanda, caso o acordo não venha a ser realizado. No que toca aos acordos de leniência, essa utilização é impossível, uma vez que as propostas recusadas não podem ser divulgadas nem consideradas para a aplicação da pena (art. 86, § 10º, da Lei Federal nº 12.529/11 e art. 16, § 7º, da Lei Federal nº 12.846/13). Mesmo nos ajustamentos de conduta, em que não há referência legal expressa, eventual uso dessas informações para fundamentar a atividade repressiva do estado deverá levar em consideração as especificidades do caso concreto e, em especial, a proteção da boa-fé (art. 2º, IV, da Lei Federal nº 9.784/99).

Por fim, há a fase de *conclusão* das negociações, em que as partes aceitam ou rejeitam a proposta de acordo substitutivo. Se a proposta pode partir tanto do poder público como dos particulares, a celebração do ato consensual depende do consentimento de ambas as partes, o que é imprescindível para marcar a bilateralidade que caracteriza os acordos substitutivos. Não há, portanto, qualquer direito subjetivo à celebração de acordo, ainda que propostas similares (sejam oferecidas pela administração pública, sejam oferecidas pelo próprio particular) já tenham sido aceitas no passado<sup>302</sup>.

Demais, havendo rejeição ou aceitação da proposta de acordo substitutivo, ela deverá ser motivada pela administração. O administrador deverá expor, de forma fundamentada, as razões pelas quais foi levado a tomar determinada decisão, explicitando os elementos que ensejaram o seu convencimento. Até

---

<sup>301</sup> CAPELLI, Sílvia (Coord.). **Compromisso de Ajustamento Ambiental: Análise e Sugestões para Aprimoramento**. São Paulo, 2008. Disponível na Internet: < [http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceama/publicacao/2009/compromisso\\_ajustamento\\_ambiental.pdf](http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceama/publicacao/2009/compromisso_ajustamento_ambiental.pdf) >. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

<sup>302</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 285.

porque, sem a motivação expressa, torna-se extremamente difícil avaliar a correção daquilo que foi decidido, frustrando-se, ainda, o direito de recorrer administrativamente, ou perante o judiciário, em caso de abuso do poder público<sup>303</sup>.

No que toca à motivação, o poder público deverá analisar, especialmente, o benefício na realização do acordo – procedimento que, vale ressaltar, não implica em disponibilização do interesse público. Como observam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, a análise do administrador quanto à conveniência de celebrar um acordo substitutivo deve ser feita em torno da questão da maior vantagem em se encerrar o conflito, eliminando as incertezas do modo mais rápido e eficiente<sup>304</sup>.

A aceitação dos acordos substitutivos, de outro lado, não está vinculada a uma forma específica<sup>305</sup>. Espera-se, no entanto, que sejam celebrados por escrito, na língua portuguesa, por meio de instrumento próprio, ou consignado em ata de audiência ou reunião com o poder público. Até porque os acordos substitutivos constituirão título executivo extrajudicial, nos termos do art. 784, II e III, do Código de Processo Civil de 2015. Devem, ainda, conter um mínimo de informações indispensáveis, como a especificação do ajuste, as partes envolvidas, as obrigações assumidas e eventual penalidade para o caso de descumprimento<sup>306</sup>.

Formalizado o acordo substitutivo, este terá efeito resolutivo, pondo fim ao processo administrativo instaurado. Ainda que a sanção já tenha sido instituída, a transação evita a inscrição do débito em dívida ativa, bem como eventual propositura de execução na esfera judicial. Assim, o ato consensual terá como efeito a extinção do processo sancionatório, ou mesmo das sanções já aplicadas, em favor de outras medidas vistas que possam atender, de forma mais eficaz, às finalidades previstas no ordenamento<sup>307</sup>.

---

<sup>303</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 94.

<sup>304</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, 2011, p. 20.

<sup>305</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. *Op. Cit.*, p. 171.

<sup>306</sup> Nesse sentido, por exemplo, é a Súmula nº 9 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo: “Só será homologada a promoção de arquivamento de inquérito civil, em decorrência de compromisso de ajustamento, se deste constar que seu não cumprimento sujeitará o infrator a suportar a execução do título executivo extrajudicial ali formado, devendo a obrigação ser certa quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto”.

<sup>307</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010, p. 9.



### 5.1.3 Publicidade e sigilo nos acordos substitutivos

Questão comum aos acordos substitutivos diz respeito à obrigação de publicidade das negociações e dos atos firmados, disponibilizando-os ao acesso do público em geral. Com efeito, em regra, deve haver ampla transparência a respeito dos atos estatais, bem como de toda a conduta administrativa (arts. 5º, XXXIII, e 37, da Constituição Federal)<sup>308</sup>. Diferentemente dos sujeitos privados, os agentes públicos devem dar satisfação de seus atos à sociedade, ensejando, assim, o acompanhamento, o controle e a responsabilização atinente às decisões que são tomadas (*accountability*)<sup>309</sup>.

Os particulares, todavia, poder ter receio de tornar públicas determinadas informações a respeito de suas atividades (por vezes sensíveis), especialmente, quando não têm qualquer garantia de que a proposta de acordo substitutivo será aceita pelo poder público. A publicidade da negociação poderia, então, ser um impeditivo, não apenas para a realização do ato consensual individualmente considerado, mas para a dinâmica desse instituto, atuando como incentivo negativo à celebração de acordos com o poder público<sup>310</sup>.

Juliana Bonacorsi de Palma propõe, assim, a relativização da publicidade, de modo a permitir o tratamento confidencial das etapas preliminares ao acordo, o que, no seu entender, mostrar-se-ia benéfico ao bom andamento das negociações, bem como à modelagem mais eficiente das obrigações pactuadas. No entanto, uma vez celebrado o acordo, mesmo os atos de negociação (como sugestões, propostas, andamentos processuais, ou atas de reuniões), deveriam ser publicados pelo poder público, atendendo-se, dessa forma, ao dever de publicidade, ainda que *ex post*<sup>311</sup>.

Nesse sentido, por exemplo, é a lei que regula o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Lei Federal nº 12.529/11, ao dispor que a proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial, mas, uma

---

<sup>308</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 134.

<sup>309</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 94.

<sup>310</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 209.

<sup>311</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Idem*, p. 210.

vez firmado o acordo substitutivo, este terá caráter público, devendo ser disponibilizado para acesso geral no sítio eletrônico da autarquia, até 5 dias após a sua celebração (art. 85, § 5º e § 7º).

Também a proposta de acordo de leniência é secreta, nos termos da Lei Federal nº 12.529/11, devendo ser mantida em sigilo caso as negociações se mostrem infrutíferas (art. 86, §10º). Além disso, as informações prestadas pelos particulares podem ter seu sigilo preservado durante todo o processo administrativo, desde a negociação com as autoridades até a decisão final em relação aos demais acusados, de modo a garantir a preservação do seu resultado útil (art. 86, §10º).

Como observa Paula Forgioni, a mecânica do programa de leniência exige que a pessoa interessada possa buscá-la sem receio de que eventual recusa importe na exposição da sua colaboração com o poder público. Essa garantia é importante, uma vez que a publicação da uma proposta não aceita, juntamente com os fatos e documentos eventualmente revelados, poderia frustrar as investigações em andamento, além de sujeitar o proponente às retaliações de terceiros<sup>312</sup>.

Questiona-se, então, se a confidencialidade do acordo de leniência, imposta até o final do processo administrativo, poderia ser oponível inclusive aos demais acusados, diante das garantias de ampla defesa e do contraditório previstas na Constituição Federal (art. 5º, LV). O sigilo, no entanto, deve ser preservado até à realização das diligências necessárias para a instrução da acusação, como a ouvida de testemunhas, inspeção na sede social da empresa, ou busca e apreensão de objetos. Produzidas as provas pretendidas pela autoridade, todos os acusados deverão ter acesso ao conteúdo do acordo, bem como à integralidade dos seus documentos.

Por fim, cumpre destacar que a Lei Federal nº 12.527/2011, que disciplina o dever publicidade consagrado na Constituição Federal (arts. 5º, XXXIII, e 37), garante acesso às informações detidas pela administração direta e indireta, impondo: *i*) a publicidade como regra geral (art. 3º, I); *ii*) a limitação das informações sigilosas, que serão temporariamente restritas ao público (art. 4º, III); *iii*) o fornecimento gratuito de informação, salvo o custo da sua reprodução (art. 12); *iv*)

---

<sup>312</sup> FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 151.

e a divulgação proativa de informações de interesse coletivo pelos órgãos e entidades públicas, especialmente em sítios oficiais na *internet* (art. 8º, § 2º).

Dessa forma, uma vez firmado o acordo substitutivo, ou exaurido o processo administrativo, o poder público deve promover a ampla publicidade do ato, inclusive, por meio de jornais, endereços eletrônicos ou outros meios de comunicação. Para Ana Luiza de Andrade Nery, impõe-se a divulgação dos atos consensuais, para que a sociedade tome ciência acerca da negociação realizada pela administração que, via de regra envolve questão de interesse coletivo. Além disso, entidades ligadas a proteção de interesses coletivos e os cidadãos, em geral, poderão controlar o cumprimento do compromisso<sup>313</sup>.

## 5.2 CLASSIFICAÇÃO DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS

Os acordos substitutivos da sanção administrativa, como já se abordou, referem-se à possibilidade de renúncia à aplicação de uma sanção, ou mesmo do processo administrativo que a antecede, em favor da edição de um ato administrativo bilateral, com a negociação do seu conteúdo. Nesse caso, ao invés de agir do modo tradicional – por meio de um ato de autoridade – o poder público opta pela ação em conjunto com o particular, a quem confere a possibilidade de participar da construção do provimento.

A expressão “acordos substitutivos da sanção”, com efeito, não se limita à substituição da sanção propriamente dita. Compreende, além da renúncia da aplicação da sanção, a renúncia ao processo administrativo, enquanto momento de investigação, ou de “busca da verdade”. Uma primeira classificação, portanto, poderia levar em conta as duas espécies de *prerrogativas públicas* negociadas por meio dos acordos substitutivos, quais sejam, a prerrogativa de punir e o processo administrativo.

Por meio desse critério, os acordos substitutos poderiam ser agrupados em:  
*i) acordos substitutivos da sanção em sentido estrito*, vale dizer, aqueles destinados

---

<sup>313</sup> NERY, Ana Luiza de Andrade. *Op. Cit.*, p. 95.

a determinar o conteúdo do ato punitivo final, especificando a forma de exercício da autoridade; e *ii) acordos substitutivos do processo administrativo*, firmados para encerrar consensualmente o processo de investigação, substituindo a “busca da verdade”, por um provimento imediato, estabelecido de modo consensual. Tal classificação, contudo, estaria baseada em mero preciosismo, pois não há diferenças substanciais entre os regimes jurídicos dessas duas espécies de acordos substitutivos.

Outro critério possível para a classificação dos acordos substitutivos da sanção administrativa leva em consideração o *objeto de barganha* utilizado na negociação. Com efeito, o particular pode negociar com o poder público a aplicação das penalidades administrativas, especialmente, a partir de duas “moedas de troca”: *i) o tempo*, cumprindo imediatamente as exigências do poder público, de forma a abreviar o trâmite do processo administrativo regular; e *ii) a informação*, ampliando os fatos de conhecimento da administração, nas matérias de seu interesse.

Esse é o critério adotado pelo ordenamento brasileiro, que regula os acordos substitutivos da sanção por intermédio de duas figuras principais: *i) os compromissos de ajustamento de conduta, ou cessação de prática* (estabelecidos, por exemplo, no art. 11, § 5º, da Lei Federal nº 6.385/76<sup>314</sup>, no art. 42 do Decreto Federal nº 99.274/90<sup>315</sup> e no art. 85 da Lei Federal nº 12.529/11<sup>316</sup>); e *ii) os acordos*

---

<sup>314</sup> Art. 11, § 5º. A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a (...).

<sup>315</sup> Art. 42. As multas poderão ter a sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, se obrigar à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental. Parágrafo único. Cumpridas as obrigações assumidas pelo infrator, a multa será reduzida em até noventa por cento.

<sup>316</sup> Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

de leniência (fixados, por exemplo, no art. 86 da Lei Federal nº 12.529/11<sup>317</sup> e no art. 16 da Lei Federal nº 12.846/13<sup>318</sup>).

Nos acordos substitutivos que envolvem o ajustamento de conduta do particular, por exemplo, o objeto de barganha é, precisamente, o tempo. Seu principal estímulo, do ponto de vista do estado, é o cumprimento agilizado das disposições legais, restabelecendo a legalidade do comportamento do particular, de maneira rápida e eficaz. A celebração do acordo para ajustamento de conduta, via de regra, não importa em reconhecimento, pelo particular, da conduta proibida, situação em que o poder público renuncia até mesmo a prerrogativa de “busca da verdade”, em prol da eficiência.

De outro lado, nos acordos de leniência, o objeto de barganha é a informação. Um dos grandes problemas no âmbito do processo administrativo sancionador é a assimetria informações entre os investigados e o poder público. Como é evidente, os participantes da prática ilícita não tornam públicas as suas atividades, além eliminarem eventuais rastros comprometedores. Daí porque seu principal estímulo, do ponto de vista do poder público, é a obtenção de informações e documentos que viabilizem a instrução de um processo administrativo sancionador.

Na legislação, essas duas espécies de acordos substitutivos da sanção contam com regramento e lógicas próprias, de modo que essa divisão se mostra conveniente do ponto de vista prático. Como já se assinalou, com base no entendimento de Agustin Gordillo, a adoção de um ou outra classificação jurídica é oportuna, não somente quando se identifica situações diferentes entre si, mas também quando essas situações diferentes entre si se submetem a regimes jurídicos diferentes<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte (...).

<sup>318</sup> Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte (...).

<sup>319</sup> GORDILLO, Agustin. *Op. Cit.*, pp. 7-10.

### 5.3 O ACORDO PARA AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Os acordos substitutivos que envolvem um compromisso de ajustamento de conduta foram instituídos no direito brasileiro, primeiramente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90<sup>320</sup>) e, logo em seguida, reiterado no Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90, que acrescentou o parágrafo 6º ao art. 5º da Lei Federal nº 7.347/85, que disciplina as ações civis públicas<sup>321</sup>).

De acordo com Geisa Rodrigues, o compromisso de ajustamento de conduta surgiu no contexto de busca de meios alternativos para a proteção dos direitos transindividuais. Sua finalidade era ampliar o acesso à justiça, através do mecanismo da conciliação, contribuindo, assim, para uma tutela jurisdicional mais efetiva. Ainda que realizado na fase pré-processual, tratava-se, sobretudo, de um instrumento complementar à justiça, garantindo a implementação dos interesses coletivos nos casos em que a solução negociada se revelasse mais apropriada no caso concreto<sup>322</sup>.

Como observa Hugo Nigro Mazzilli, buscou-se aproveitar a experiência positiva da composição extrajudicial de conflitos, especialmente aquela promovida pelo Ministério Público no âmbito dos Juizados Especiais (na época, denominados de Juizados de Pequenas Causas, nos termos da Lei Federal nº 7.244/84<sup>323</sup>). Essa prática acabou sendo estendida ao sistema da tutela coletiva de direitos, permitindo, assim, a criação de títulos executivos extrajudiciais com base na

---

<sup>320</sup> Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

<sup>321</sup> Art. 5º. § 6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

<sup>322</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. *Op. Cit.*, p. 105.

<sup>323</sup> Art. 55. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial. Parágrafo único. Valerá como título executivo extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.

homologação de acordos pelos órgãos públicos legitimados a propor a ação civil pública<sup>324</sup>.

De uma perspectiva eminentemente judicial, os compromissos de ajustamento de conduta logo passaram a ser utilizados como instrumentos de transação de outras prerrogativas estatais. Em 6 de junho de 1990, foi editado o Decreto Federal nº 99.274, prevendo que as penalidades decorrentes de infrações à Política Nacional do Meio Ambiente poderiam ter a sua exigibilidade suspensa, quando o infrator se obrigasse à adoção de medidas específicas para fazer cessar e corrigir a degradação ambiental, por meio de compromisso aprovado pela autoridade<sup>325</sup>.

Na mesma esteira, foram editadas a Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que reestruturou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e dispôs sobre a celebração de compromisso de cessação da prática ilegal sob investigação da autarquia<sup>326</sup>; o Decreto Federal nº 2.181 de 20 de março de 1997, que regulamentou os compromissos de ajustamento de conduta no âmbito do processo administrativo sancionador conduzidos pelos órgãos de defesa do consumidor<sup>327</sup>; e, em seguida, a Lei Federal nº 9.457 de 5 de maio de 1997, que modificou a Lei Federal nº 6.385/76, para introduzir o instituto dos acordos substitutivos na Comissão de Valores Mobiliários<sup>328</sup>.

Com efeito, não são incomuns os casos em que pairam dúvidas sobre a ocorrência da suposta prática ilícita, ou sobre a juridicidade da conduta exigida pelo poder público. Além disso, a presumida legitimidade da multa, que permite sua

---

<sup>324</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta: Evolução e Fragilidades e Atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 41, 2006, pp. 93-110.

<sup>325</sup> Art. 42. As multas poderão ter a sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, se obrigar à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental. Parágrafo único. Cumpridas as obrigações assumidas pelo infrator, a multa será reduzida em até noventa por cento.

<sup>326</sup> Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

<sup>327</sup> Art. 6º. As entidades e órgãos da Administração Pública destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor poderão celebrar compromissos de ajustamento de conduta às exigências legais, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 1985, na órbita de suas respectivas competências.

<sup>328</sup> Art. 11. § 5º. A Comissão de Valores Mobiliários poderá suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo, se o indiciado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

inscrição em dívida ativa e execução pelo rito da Lei de Execuções Fiscais (Lei Federal nº 6.830/80), pode ser suspensa ou revista pela própria administração, ou por meio de medida judicial. Ou seja, antes mesmo de ganhar efetividade, a penalidade pode vir a ser suspensa, consideravelmente reduzida ou mesmo anulada<sup>329</sup>.

O ato administrativo unilateral que constata uma suposta infração e impõe uma determinada penalidade, apesar da sua força imperativa, pode ser objeto de questionamentos pelo particular, tanto no âmbito administrativo (por meio da defesa e do recurso), como no âmbito judicial (como a ação anulatória e o mandado de segurança). Nessas duas esferas, o acusado poderá, por exemplo: *i*) questionar a existência da conduta que lhe tenha sido atribuída; *ii*) impugnar a validade da norma que prevê a infração; *iii*) discutir a interpretação da obrigação que lhe é exigida; *iv*) ou ainda, poderá se insurgir contra a penalidade estipulada, sua natureza e sua intensidade.

É de se reconhecer, ademais, que o processo administrativo sancionador, tal como o processo penal, deve atender a uma série de garantias constitucionais relacionadas aos acusados em geral. Ambos os processos compartilham direitos que visam à proteção do sujeito investigado, como a presunção de inocência (inc. LVII, da Constituição Federal), o contraditório e a ampla defesa (inc. LV, da Constituição Federal), e a exigência de licitude das provas produzidas pelo poder público (inc. LVI, da Constituição Federal). Daí porque a investigação no âmbito do processo administrativo deve ser séria, com ampla coleta de provas e instrução efetiva, em um procedimento que tende a ser longo e dispendioso para o estado.

O problema, amplamente conhecido, desse modo tradicional de ação do poder público é o baixo grau de eficiência (pelo elevado consumo de tempo e recursos do estado) e de eficácia (pois, mesmo após o longo transcurso do processo, seu resultado é incerto) no cumprimento das sanções aplicadas pelos agentes administrativos. É como resposta a essas limitações que se inserem os termos de ajustamento de conduta, buscando o incremento da eficiência e da eficácia da ação administrativa, a partir de uma maior abertura à participação e à cooperação dos administrados.

---

<sup>329</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Op. Cit.*, p. 19.



Acorda-se, por meio dos acordos de ajustamento de conduta, sobretudo, a redução do tempo ligado à tramitação do processo. Como assinala Andreia Cristina Bagatin, a administração abre mão da investigação e da competência persecutória de que está investida, enquanto o particular abre mão de demonstrar sua inocência<sup>330</sup>. Ou seja, a administração opta por um compromisso imediato em troca do ato unilateral (sujeito ao processo administrativo), enquanto o administrado obriga-se, desde logo, a fazer cessar a prática e a não contestar os termos da determinação do poder público.

Sua principal racionalidade é estimular eventuais infratores a cumprir espontaneamente as determinações exigidas, negociando com a administração a forma mais agilizada de se restaurar a legalidade. A sanção, como já se assinalou, é instrumento (meio) do poder público, não havendo porque se impedir que a finalidade subjacente à aplicação da penalidade possa ser atingida por meio de um acordo que contemple, por exemplo, a reparação dos danos causados, a alteração de comportamentos infracionais, ou a realização de medidas compensatórias. Do ponto de vista da administração, alcança-se a efetiva aplicação das normas, com economia de tempo e recursos.

Questiona-se, então, quais seriam as vantagens do particular em renunciar à sua defesa. Para o agente privado, é do seu interesse a possibilidade de redução ou extinção da eventual punição, vez que o resultado do processo é incerto. Demais, é possível que a realização de um acordo evite os danos atinentes a reputação do agente no mercado, ou mesmo a caracterização da reincidência, haja vista que a celebração do acordo para ajustamento de conduta, via de regra, não importa em reconhecimento da prática proibida<sup>331</sup>.

---

<sup>330</sup> BAGATIN, Andreia Cristina. *Op. Cit.*, p. 213.

<sup>331</sup> Os estímulos, com efeito, não se limitam a estes que foram apontados. Tratando dos compromissos de cessação de prática infrativa previstos na antiga legislação concorrencial brasileira (Lei Federal nº 8.884/94) Eros Grau e Paula Forgioni enumeram as seguintes vantagens para a condução do caso sob o espírito negocial e não litigioso. Do ponto de vista do administrado: *i*) o trabalho a ser realizado e os recursos a serem despendidos são menores, se comparados àqueles ligados à condução litigiosa do processo; *ii*) sua atenção não precisa permanecer direcionada ao problema judicial; *iii*) evita-se efeitos danosos à imagem que normalmente decorrem de uma condenação; e, ao final, *iv*) as obrigações são estabelecidas com segurança, com possibilidade de se evitar ou reduzir as sanções cabíveis. Para a administração: *i*) obtém-se a efetiva aplicação das normas; *ii*) economizam-se tempo e recursos normalmente despendidos para a obtenção do comportamento desejado na via litigiosa; *iii*) e, por fim, há a segurança do resultado, enquanto o sucesso da demanda nunca é certo (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 234).

Feitos esses breves apontamentos atinentes aos compromissos de ajustamento de conduta, cumpre apresentar as principais características dessa espécie de acordo substitutivos.

### 5.3.1 A correção da conduta

O conteúdo dos acordos substitutivos para a correção da conduta, como o próprio nome já diz, é a adequação do comportamento do agente responsável pela infração às disposições legais. Busca-se, por meio deles, que o particular deixe de praticar o ilícito e que realize a reparação dos eventuais danos causados, no menor tempo possível. Com efeito, o objetivo dessa espécie de acordo substitutivo é, justamente, fazer cessar a lesão que o comportamento infracional gera aos interesses públicos (fim), dos quais a sanção administrativa é instrumento (meio).

Como destaca Hugo Nigro Mazzilli, o compromisso de ajustamento de conduta é lavrado em termo e nele se contém obrigações de fazer ou não fazer, em que o causador do dano se obriga a adequar sua conduta às exigências do ordenamento, sob pena das cominações pactuadas no próprio negócio, que terá força de título executivo extrajudicial<sup>332</sup>. Sendo esse o escopo do acordo substitutivo, não pode o órgão público que o celebra deixar de considerar todas as medidas tendentes à readequação do comportamento do particular à previsão legal, bem como a reparação de eventuais prejuízos causados a administração, a terceiros, ou a interesses transindividuais.

É o que estabelece, por exemplo, o art. 11, § 6º, da Lei Federal nº 6.385/76, que regula os acordos substitutivos na esfera administrativa da Comissão de Valores Mobiliários, dispondo que o investigado deverá: *i)* cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos; *ii)* corrigir as irregularidades apontadas; e *iii)* indenizar os prejuízos. Também o art. 9º, da Resolução nº 333/2008 da ANEEL, prevê obrigação semelhante para a celebração do termo de ajustamento de conduta, obrigando o agente a cessar a conduta investigada, corrigir as não

---

<sup>332</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. Cit.*, p. 94.

conformidades identificadas pela autoridade e indenizar os prejuízos delas decorrentes.

Daí porque não se pode admitir como objeto do ajustamento a dispensa das obrigações necessárias para a efetiva restauração da legalidade da conduta do agente privado. Há, portanto, um limite claro ao objeto de negociação, correspondente ao reenquadramento jurídico da conduta. No que toca a esse núcleo, somente é possível negociar aspectos formais, como o modo, o tempo e o local do seu cumprimento<sup>333</sup>. Todavia, não sendo possível restaurar o *status quo ante*, como em determinados ilícitos ambientais, poder-se-á ajustar medidas compensatórias (sub-rogorias), pelas quais se poderá exigir do causador do dano o cumprimento de obrigações equivalentes<sup>334</sup>.

Enfim, há situações em que a mera correção do comportamento do particular, em um juízo de proporcionalidade, não é suficiente para ensejar a renúncia, ou mitigação, da aplicação da sanção administrativa. Nesses casos é possível que, além do compromisso de ajustamento da conduta irregular, sejam exigidas obrigações adicionais pelo poder público, que impliquem benefícios diretos à administração, ou à sociedade em geral, como a antecipação de metas fixadas na regulação, a ampliação de projetos de investimentos, a redução de preços ou tarifas, ou ainda a realização de pagamentos em benefício dos fundos previstos no art. 13, da Lei Federal nº 7.347/85<sup>335</sup>.

---

<sup>333</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. *Op. Cit.*, p. 155.

<sup>334</sup> Nesse sentido, a o art. 17 da Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público: *“o Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados”*.

<sup>335</sup> Nesse sentido, por exemplo, o art. 18 da Resolução nº 629/13 da ANATEL, quando dispõe que *“além do compromisso de ajustamento da conduta irregular, serão estabelecidos compromissos adicionais que impliquem benefícios a usuários e/ou melhorias ao serviço, das seguintes espécies: I - execução de projetos, selecionados a partir de rol de opções estabelecidas em Ato a ser editado pelo Conselho Diretor da Anatel, ou propostos pela Comissária; e, II - concessão temporária de benefícios diretos a usuários, que poderão se dar, dentre outros, na forma de redução, desconto, crédito, gratuidade em tarifas ou preços de serviços de telecomunicações. § 1º Os compromissos adicionais terão delimitados a área geográfica de sua execução e os aspectos dos serviços de telecomunicações sobre os quais incidirão as obrigações assumidas, e poderão dispor, total ou parcialmente, acerca de outros fatos e serviços de telecomunicações não diretamente relacionados às irregularidades constatadas”*.

Para Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, mostra-se plenamente viável a celebração de acordo substitutivo no qual o interessado assuma obrigações que não estão diretamente relacionadas à ao ajustamento da praticada, como o compromisso de realizar novos investimentos no setor em que atua, desde que haja a adequada simetria entre a vantagem que obtém com a extinção do processo e o investimento assumido. Além disso, deverá demonstrar que as ações propostas são proveitosas aos interesses públicos e que são compatíveis com os objetivos da legislação<sup>336</sup>.

As obrigações ajustadas nos acordos substitutivos, de fato, não podem ficar aquém dos benefícios auferidos pela prática do ato ilícito, muitas vezes acumulados ao longo de anos. Dessa forma, o poder público deverá atentar para que a obrigações adicionais, previstas no ato consensual, sejam equivalentes ou superiores às vantagens decorrentes da infração, sem, no entanto, tornar o compromisso excessivamente oneroso ao particular, frustrando seu objetivo.

### 5.3.2 Reconhecimento do ato ilícito

A celebração do compromisso de cessão de prática ilícita pelo particular não implica a confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta sob investigação. Como observa Ana Luiza de Andrade Nery, essa característica da transação é inspirada no instituto do *nolo contendere*, proveniente do direito norte-americano, espécie de defesa em que o acusado não contesta os fatos que lhe são imputados, sem, porém, admitir sua culpa, ou proclamar sua inocência<sup>337</sup>. Trata-se, em geral, de um incentivo oferecido pelo poder público ao particular à realização dos acordos substitutivos, evitando danos à reputação do agente no mercado, ou mesmo a caracterização da reincidência.

O art. 11, § 6º, da Lei Federal nº 6.385/76, por exemplo, dispõe que a celebração do termo de compromisso pela Comissão de Valores Mobiliários não

---

<sup>336</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Op. Cit.*, p. 24.

<sup>337</sup> NERY, Ana Luiza de Andrade. *Op. Cit.*, p. 124.

importa confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. Também o art. 5º, § 1º, da Resolução nº 629/2013 da ANATEL<sup>338</sup>, que regula o ajustamento de conduta no âmbito dessa agência reguladora, e o art. 24, § 3º, do Decreto Federal nº 7.729/12, que disciplina os acordos substitutivos na esfera de competência da ANCINE<sup>339</sup>, contêm previsão similar.

No entendimento de Geisa de Assis Rodrigues, não há qualquer vantagem, do ponto de vista do poder público, em se obrigar ao investigado que assuma, de forma expressa, a culpa pelos atos praticados. Tal reconhecimento, ao contrário, seria um óbice para a realização dos termos de ajustamento de conduta, diante do simbolismo presente na confissão explícita, além de prejudicar o ambiente de negociações<sup>340</sup>.

### 5.3.3 Representação dos interesses transindividuais ou de terceiros

Em determinadas situações, sobretudo naqueles ajustes de pequeno impacto social, basta as negociações realizadas entre a administração pública e o investigado para a conclusão do acordo substitutivo da sanção. Com efeito, nas infrações de menor potencial ofensivo, a negociação bilateral no âmbito do processo administrativo é, via de regra, suficiente para conferir legitimidade ao instrumento consensual firmado.

Alguns ilícitos, no entanto, atingem interesses que vão muito além daqueles representados pela autoridade e pelo particular, situação em que a negociação se torna mais complexa e deve contar com uma maior abertura participativa no processo no qual será firmado o ato consensual. Havendo uma multiplicidade de interesses envolvidos, a administração deve se questionar se a pretensão de todos

---

<sup>338</sup> Art. 5º, § 1º. O requerimento de TAC e a sua celebração não importam em confissão da Compromissária quanto à matéria de fato, nem no reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.

<sup>339</sup> Art. 24, § 3º. A assinatura do termo de compromisso de ajustamento de conduta não importa confissão do compromissário quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta em apuração.

<sup>340</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. *Op. Cit.*, p. 173.

os envolvidos no caso concreto estará sendo ouvida, ou mesmo se esta pretensão poderia ser contemplada no ato consensual.

Como reconhece Juliana Bonacorsi de Palma, alguns acordos não envolvem apenas os interesses da administração pública e do administrado, mas também interesses de outras pessoas que serão diretamente impactadas pelo conteúdo do ato consensual – pelo ato como um todo ou por determinada obrigação nele estabelecida. Eventualmente, a transação poderá incidir sobre a esfera de direitos e interesses de terceiros que não figurem originariamente como parte no processo em tramitação, razão pela qual estes indivíduos deveriam ser integrados ao processo de negociação sobre os termos do acordo substitutivo<sup>341</sup>.

Essa consideração pode ser, ainda, estendida para abranger outros órgãos públicos, ou associações representativas de determinada categoria social, nos casos em que o objeto de negociação envolver direitos e interesses coletivos ou difusos. Nessa situação, o poder público deve chamar todos os interessados ao processo, para que haja negociação plurilateral acerca dos pontos da transação que, potencialmente, poderão gerar eficácia *extra partes*, mantendo-se, porém, a negociação bilateral em relação nos tópicos do acordo de eficácia *inter partes*<sup>342</sup>.

Conforme dispõe o art. 9º, II, da Lei Federal nº 9.784/99 (Lei dos Processos Administrativos Federais), podem ser considerados interessados aqueles sujeitos cujos direitos ou interesses possam ser indiretamente afetados pela decisão adotada no processo administrativo (terceiro interessado), ou ainda as organizações que tenham legitimidade para representar direitos ou interesses transindividuais (como o Ministério Público, ou sindicatos)<sup>343</sup>. Não se está a propor, porém, que todos os interessados devam chegar a um consenso quanto à celebração do acordo substitutivo. Cabe apenas às partes do processo administrativo sancionador (autoridade e acusado) decidir sobre a aceitação ou rejeição da proposta de acordo substitutivo.

---

<sup>341</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 172.

<sup>342</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Idem*, pp. 172-173.

<sup>343</sup> Art. 9º. São legitimados como interessados no processo administrativo: I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Todavia, não se pode negar que a participação de outros interessados pode contribuir para ampliação do debate e o incremento da sua legitimidade. A abertura participativa, com efeito, faz parte da essência dos acordos substitutivos, refletindo uma postura mais democrática da administração, ao permitir que os interessados atuem de modo mais efetivo nas atividades administrativas. Demais, a ampla participação evita futuros questionamentos, como a instauração de novos processos administrativos ou a judicialização da transação por quem se sentir prejudicado.

Há casos, ainda, em que se verifica uma sobreposição de competências para a aplicação das sanções administrativas. Essas atribuições concorrentes podem ocorrer tanto de forma vertical, quando envolvem diversos entes da Federação (por exemplo, a União, os Estados e os Municípios), ou de forma horizontal, quando envolvem diversos órgãos ou entes de um mesmo nível federativo (por exemplo, entre Banco Central e Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, ou entre Agências Reguladoras e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA).

Estrategicamente, é preferível que haja uma ação conjunta das diversas autoridades, com vistas a alcançar a melhor solução para o conflito, aumentando a abrangência do objeto da negociação, além de gerar resultados mais coerentes e não contraditórios. Com efeito, as atribuições concorrentes dos diversos entes e órgãos públicos para a regulação de uma mesma atividade requer a coordenação dos seus atos, até para que se possa assegurar um grau mínimo de razoabilidade e segurança para os agentes econômicos.

Por fim, deve-se atentar que a participação de diversas pessoas ou autoridades no processo administrativo pode comprometer a efetividade ou a celeridade da ação estatal, que estão entre os principais objetivos dos acordos substitutivos. Até porque o debate de todas as cláusulas do ajustamento de conduta pode se mostrar impraticável com uma diversidade de partes. Caberá, então, à administração definir limites para a representação dos interesses de terceiros.

#### 5.3.4 O cumprimento e o descumprimento do ajuste

Aceitas as propostas e formalizado o termo de ajustamento de conduta, este terá efeito resolutivo, pondo fim ao processo administrativo sancionador instaurado. O compromisso assumido pelas partes substitui a aplicação da sanção, impedindo o poder público de voltar a persegui-la, ainda que haja descumprimento do acordo. Com efeito, o ato consensual é, a rigor, uma contrapartida ao ato unilateral de imposição da penalidade e que tem por efeito extinguir o processo sancionatório, ou mesmo impedir a sua instauração<sup>344</sup>.

Isso não significa, porém, que não haveria consequências negativas pelo descumprimento do acordo. As consequências pela obstinação do particular, contudo, são aquelas estipuladas pelas partes no ato bilateral, que constituirá, de imediato, um título executivo em favor do poder público. Trata-se de um dos benefícios da celebração dos compromissos de ajustamento de conduta, eliminando a necessidade de que o estado prossiga com a condução do processo administrativo sancionador, reabrindo o espaço para a defesa e os recursos a ele inerentes.

Não há, a rigor, necessidade de suspender o trâmite do processo administrativo sancionador com a celebração do termo de ajustamento de conduta. Como já se ressaltou, o acordo substitui a sanção, de modo que não há retomada da persecução punitiva em caso de descumprimento. Por isso, as Resoluções nº 333/2008 da ANEEL<sup>345</sup> e nº 629/2013 da ANATEL<sup>346</sup> preveem que a realização dos acordos substitutivos acarretará, de imediato, o arquivamento dos processos administrativos a que se referem, ressalvadas as infrações não contempladas na negociação, cuja investigação e sancionamento poderão seguir seu curso.

Demais, os dispositivos que preveem a suspensão do processo administrativo até que a autoridade verifique o cumprimento das disposições ajustadas no acordo substitutivo, tal como o art. 11, § 8º, da Lei Federal nº 6.385/76

---

<sup>344</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. *Op. Cit.*, p. 9.

<sup>345</sup> Art. 5º A assinatura do TAC acarreta o arquivamento do processo fiscalizatório correspondente, quanto ao seu objeto.

<sup>346</sup> Art. 11, § 3º. A celebração de TAC acarretará o arquivamento dos processos administrativos a que ele se refere, ressalvadas as condutas infrativas não contempladas na negociação, cuja apuração e sancionamento devem seguir seu curso, em autos próprios.



(que disciplina o termo de compromisso no âmbito da CVM)<sup>347</sup>, ou o art. 85, § 9º, da Lei Federal nº 12.529/11 (que disciplina o compromisso de cessação de prática nas sanções aplicadas pelo CADE)<sup>348</sup>, não permitem a interpretação de que o poder público poderia retomar a aplicação da sanção, em caso descumprimento do ajuste.

Nesses casos, o processo administrativo prosseguiria seu trâmite não para buscar a aplicação da sanção, que foi substituída, mas para exigir o cumprimento do acordo, reunindo elementos para uma eventual execução do título extrajudicial. Como assinalam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, esse é o objetivo dos acordos substitutivos, em que a administração realiza uma permuta de incertezas por certezas. Vale dizer, o que se pretende com a celebração dos termos de ajustamento de conduta é, justamente, a extinção de processo de resultado incerto, em contrapartida da assunção, pelo particular, de obrigações certas e exigíveis<sup>349</sup>.

Para garantir o cumprimento efetivo das obrigações previstas no termo de ajustamento de conduta, a administração pode, ainda, cominar novas medidas coercitivas<sup>350</sup>. É comum que se estipule, por exemplo, determinados valores de multa para o caso de descumprimento total ou parcial das obrigações fixadas no acordo, levando em consideração a gravidade da conduta e capacidade econômica do seu agente. O próprio art. 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/95 estabelece que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante *cominações (...)*”. Geisa Rodrigues de Assis entende que tais cominações poderiam incluir até mesmo a imposição de multa diária para reforçar o cumprimento do ajuste, que não poderia ser nem irrisória nem excessiva, sob pena de não desempenhar adequadamente seu papel<sup>351</sup>.

---

<sup>347</sup> Art. 11, § 8º. Não cumpridas as obrigações no prazo, a Comissão de Valores Mobiliários dará continuidade ao procedimento administrativo anteriormente suspenso, para a aplicação das penalidades cabíveis.

<sup>348</sup> Art. 85, § 9º. O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

<sup>349</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>350</sup> No termo de compromisso firmado com os órgãos do SISNAMA, a Lei Federal nº 9.605/98, todavia, é obrigatória a previsão de multas que possam ser aplicadas ao compromissado, em decorrência do não cumprimento das obrigações nele pactuadas (art. 79-A, VI).

<sup>351</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. *Op. Cit.*, pp. 169 e 174.

Em caso de inadimplemento das obrigações assumidas pelo interessado, seja porque não as cumpriu na forma prevista, seja porque não observou os prazos pactuados, o compromisso de ajustamento de conduta poderá ser executado judicialmente pela autoridade, diante de sua característica de título executivo extrajudicial (art. 5º, §6º, da Lei Federal nº 7.347/85). Daí a importância de que as disposições do acordo substitutivo sejam fixadas de forma clara e objetiva, trazendo certeza e liquidez para as obrigações assumidas.

Tendo, porém, a autoridade verificado o cumprimento de todas as obrigações previstas no termo de ajustamento de conduta, tem-se o acordo substitutivo por exaurido, cabendo a administração proceder ao arquivamento definitivo do processo.

#### 5.3.5 A mutabilidade

Celebrado o compromisso de ajustamento de conduta, podem surgir dificuldades pragmáticas no curso da sua execução, que podem exigir a modificação dos termos do acordo pelas partes. Dessa forma, a ocorrência de fatos supervenientes, que repercutam sobre o liame estabelecido, pode exigir a sua revisão, o que deve ser realizado também de forma bilateral.

Como observa Juliana Bonacorsi de Palma, espera-se que os acordos projetados contenham todas as especificações concernentes ao cumprimento do ajuste em suas cláusulas, de modo que o poder público e o particular disponham de um guia cabal para a execução das obrigações pactuadas. Na prática, porém, modificações dos acordos administrativos podem se fazer necessárias, de modo que as partes também possam fazer “ajustes consensuais” de modo a tornar os acordos administrativos executáveis ou mais eficientes<sup>352</sup>.

De fato, como em todo negócio jurídico, é possível que as condições originariamente previstas no termo de compromisso de cessação, embora se mostrassem razoáveis ao tempo da formulação da proposta, acabem se revelando

---

<sup>352</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Op. Cit.*, p. 217.

excessivamente onerosas durante a execução das obrigações assumidas pelo interessado<sup>353</sup>. Assim, por exemplo, o art. 85, § 12, da Lei Federal nº 12.529/11, prevê que o CADE poderá alterar as condições do termo de compromisso poderão, ao se comprovar sua excessiva onerosidade para o particular, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

#### 5.4 O ACORDO DE LENIÊNCIA

No âmbito do processo administrativo brasileiro, a figura do acordo de leniência foi inicialmente prevista pela Lei Federal nº 10.149/00, que incluiu o art. 35-B da Lei Federal nº 8.884/94<sup>354</sup>. Permitiu-se, assim, que a União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico, firmasse acordo com o investigado de uma infração à ordem econômica, de modo a assegurar a obtenção de documentos e dados relativos aos atos praticados, em troca da eliminação ou redução de penalidades.

Trata-se de um instituto inspirado no direito norte-americano que, em 1978, introduziu a *Corporate Leniency Policy* (Programa de Leniência Corporativa) no âmbito da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça Federal. Na forma original do programa, a autoridade poderia, em decisão discricionária, anistiar as penas da empresa que compartilhasse informações e provas a respeito de alguma violação à legislação concorrencial, desde que o fizesse antes que a administração já tivesse dado início às suas investigações<sup>355</sup>. Nesse momento, poucas empresas se beneficiaram desse instrumento, nem houve grandes avanços à política de repressão aos carteis.

---

<sup>353</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. *Op. Cit.*, p. 125.

<sup>354</sup> Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

<sup>355</sup> SILVA, Vladimir Spíndola. O Instituto da Leniência no Direito Antitruste Norte Americano. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 9, p. 325, 2002.

Em 1993, contudo, buscando aumentar os incentivos para a cooperação, o Departamento de Justiça estadunidense alargou a abrangência do programa de leniência para conceder a anistia de forma automática à primeira empresa que revelasse as práticas anticoncorrenciais. Atualmente, a empresa obtém o benefício, desde que: *i)* não haja investigação em andamento sobre os fatos; *ii)* cesse prontamente as atividades ilegais; *iii)* reporte todos os fatos ilícitos de seu conhecimento, colaborando de modo contínuo com as investigações; *iv)* confesse, de forma institucional, a prática dos atos ilícitos; *v)* promova a reparação dos prejuízos causados; e *vi)* não tenha sido a empresa líder da prática ilegal, nem tenha coagido terceiros para dela participarem<sup>356</sup>.

Havendo investigações já em andamento, ainda assim a anistia poderia ser concedida à empresa que optasse pela colaboração com o poder público. A administração, no entanto, avaliaria a aprovação do benefício de acordo com natureza da infração, o grau de participação da empresa, o momento da colaboração efetiva, eventuais danos a terceiros e a dificuldade na produção de provas a respeito das condutas ilícitas<sup>357</sup>. As alterações mostraram-se bem-

---

<sup>356</sup> "Leniency will be granted to a corporation reporting illegal activity before an investigation has begun, if the following six conditions are met: 1. At the time the corporation comes forward to report the illegal activity, the Division has not received information about the illegal activity being reported from any other source; 2. The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity; 3. The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation to the Division throughout the investigation; 4. The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials; 5. Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and 6. The corporation did not coerce another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity". (Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Corporate Leniency Policy, 10/August/1993. Disponível na internet: < <http://www.justice.gov/atr/corporate-leniency-policy> >. Acesso em: 21 de janeiro de 2016).

<sup>357</sup> "If a corporation comes forward to report illegal antitrust activity and does not meet all six of the conditions set out in Part A, above, the corporation, whether it comes forward before or after an investigation has begun, will be granted leniency if the following seven conditions are met: 1. The corporation is the first one to come forward and qualify for leniency with respect to the illegal activity being reported; 2. The Division, at the time the corporation comes in, does not yet have evidence against the company that is likely to result in a sustainable conviction; 3. The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity; 4. The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation that advances the Division in its investigation; 5. The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials; 6. Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and 7. The Division determines that granting leniency would not be unfair to others, considering the nature of the illegal activity, the confessing corporation's role in it, and when the corporation comes forward". (Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Corporate Leniency Policy, 10/August/1993).

sucedidas, tendo transformado o modo como as autoridades de diversos países conduzem as investigações sobre práticas anticoncorrenciais.

Em 1996, a Comissão Europeia adotou seu próprio programa de leniência para os ilícitos econômicos (*Leniency Notice*), incorporando os instrumentos desenvolvidos na legislação norte-americana<sup>358</sup>. Através dessa normativa, os países europeus buscaram adotar os chamados “mecanismos de mercado” para recompensar as empresas dispostas a pôr um fim às colusões ilícitas, cessando sua conduta e denunciando os demais participantes. Tal ato foi revisado em 2002 e, mais uma vez, em 2006, trazendo maior objetividade e transparência para as anistias concedidas.

Os acordos de leniência têm se mostrado fundamentais para a repressão dos atos anticoncorrenciais. Os cartéis, por exemplo, são secretos pela sua própria natureza e seus participantes recebem fortes incentivos econômicos para manter a prática oculta (o incentivo positivo do ganho ilícito e o incentivo negativo da punição)<sup>359</sup>. A colusão para o ajuste de preços, quantidades, condições de venda e divisão de mercados são, portanto, quase sempre invisíveis, o que torna sobremaneira difícil sua detecção e investigação pelas autoridades.

Diante desse cenário, a instrução do processo administrativo seria custosa, ou mesmo inviável, sem a colaboração dos próprios infratores. Como ressalta Paula Forgioni, não é fácil provar a ocorrência de determinadas infrações como a prática de cartel, uma vez que, via de regra, não há acordo escrito demonstrando de forma explícita a existência de conluio entre concorrentes. Demais, ainda quando há indícios da colusão, ela pode decorrer das próprias características da atividade

---

Disponível na internet: < <http://www.justice.gov/atr/corporate-leniency-policy> >. Acesso em: 21 de janeiro de 2016).

<sup>358</sup> Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases. Official Journal, C 298, 8.12.2006, p. 17. Disponível na internet: < [http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency\\_legislation.html](http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html) >. Acesso em: 21 de janeiro de 2016).

<sup>359</sup> As infrações concorrenciais, cumpre ressaltar, não se limitam à prática dos “cartéis”, ou seja, os ajustes entre empresas concorrentes, visando à dominação dos mercados. De acordo com Calixto Salomão Filho, os ilícitos contra a ordem econômica são mais amplos, podendo ser divididos em condutas que visam à exclusão de concorrentes (como a predação e a negociação compulsória) e condutas colusivas (as chamadas restrições horizontais e verticais à concorrência). Nas primeiras, há um elemento coercitivo, de exclusão da concorrência. Nas segundas, a dominação do mercado se dá pelo ajuste de comportamentos e pode abranger os acordos entre concorrentes (colusão horizontal) e os ajustes entre produtores, distribuidores e fornecedores (colusão vertical). (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013, *passim*).

econômica, sem visar, portanto, à dominação do mercado<sup>360</sup>. Não se pode desconsiderar, ainda, que a penalidade somente pode ser aplicada pela autoridade quando a ocorrência da infração estiver devidamente comprovada, uma vez que o princípio da presunção de inocência também se aplica ao processo administrativo sancionador<sup>361</sup>.

O mesmo se diga a respeito de outros ilícitos, como o oferecimento de vantagem indevida a agente público, ou a fraude a licitações (chamados, genericamente, de atos de “corrupção”). Tais práticas, como é evidente, não são realizadas de forma aberta. O comum é que sejam praticadas de modo dissimulado, acobertada por atos formalmente lícitos. A finalidade ilícita da conduta somente é conhecida por um pequeno grupo, justamente aqueles que obtêm proveito da prática e que poderiam sentir as consequências negativas de sua divulgação<sup>362</sup>. Ou seja, aqueles que possuem as informações sobre as relações ilícitas não têm qualquer incentivo para fornecê-las. Ao contrário, o incentivo segue no sentido de acobertar a prática, mantendo as vantagens auferidas com a conduta indevida e evitando a sua responsabilização pelas autoridades.

Vê-se, então, que o principal problema em relação à investigação de esses ilícitos é a assimetria de informações. Egon Bockmann Moreira e Andreia Cristina Bagatin observam que se todos possuíssem, sempre, o mesmo nível de informações, tais violações seriam facilmente verificadas. Nesse plano ideal, não haveria dificuldades para a persecução das sanções pelas autoridades e a responsabilização pelo descumprimento das regras não envolveriam discussões fáticas. Todavia, não é isso que ocorre, razão pela qual o poder público precisa de instrumentos que permitam uma distribuição rápida e efetiva de informações, contexto em que se insere os acordos de leniência<sup>363</sup>.

---

<sup>360</sup> FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 151.

<sup>361</sup> Sobre a presunção de inocência no direito administrativo sancionador ver: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 409; e BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 37, pp. 11-55, 2009.

<sup>362</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas - Responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano. 12, n. 47, 2014, p. 74.

<sup>363</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. *Op. Cit.*, p. 73.

Atualmente, no direito brasileiro, os acordos de leniência estão previstos no art. 86 da Lei Federal nº 12.529/11 (para as infrações praticadas contra a ordem econômica) e também nos arts. 16 da Lei Federal nº 12.846/13 (para as infrações praticadas contra a administração pública nacional ou estrangeira) e 17 da Lei Federal nº 12.846/13, alterado pela Medida Provisória nº 703/2015 (para as infrações praticadas contra a ordem do processo licitatório, ou relativas aos contratos administrativos).

Em todos eles, o objeto de barganha do acordo é produção de informações para que o processo sancionador atinja um resultado útil. Se, de um lado, a administração assume o compromisso de extinguir a pena administrativa, de outro, os potenciais infratores disponibilizam as informações relevantes de que eles dispõem com o fito de obterem a redução da sanção<sup>364</sup>. Há, portanto, negociação de prerrogativas públicas sancionadoras, de modo que os acordos de leniência podem ser considerados espécie de acordos substitutivos, pela definição adotada no presente trabalho.

Não obstante, para que o ato consensual se realize, a legislação impõe as seguintes condições, que devem ser observadas pelas partes: *i)* a administração não deve dispor de provas suficientes para assegurar a imposição da sanção; e o proponente deve: *ii)* ser o primeiro a manifestar sobre seu interesse na cooperação para receber a anistia plena; *iii)* interromper seu envolvimento na infração investigada; *iv)* identificar dos demais envolvidos; *v)* colaborar efetivamente com as investigações, através de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração; e *vi)* comparecer, sob suas expensas, a todos os atos em que for solicitado, até o encerramento do processo.

Apresentada a figura do programa de leniência cumpre, então, expor as principais características dessa espécie de acordo substitutivo.

#### 5.4.1 Dificuldade na obtenção das provas

---

<sup>364</sup> BAGATIN, Andreia Cristina. A Natureza Jurídica dos 'Acordos' previstos pela Lei nº 8.884/94. In: MOREIRA Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan L. (Coords.), **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. Belo Horizonte, Fórum, pp. 191-216, 2010, p. 210.

A detecção de certos ilícitos pode se revelar excessivamente difícil (ou mesmo inviável), sem que haja a colaboração ativa dos infratores. Pela própria natureza da atividade ilícita, seus autores buscam mantê-la incógnita, desenvolvendo uma sofisticada engenharia para encobrir sua prática e para afastar eventual desconfiança das autoridades.

Documentos e objetos que poderiam revelar a prática são destruídos sistematicamente e, com a sofisticação dos ilícitos, as chamadas *smoking guns* (provas incontestáveis) são cada vez mais raras. Demais, aqueles que guardam as informações sobre as condutas ilegais não possuem qualquer vantagem em compartilhá-las ou torná-las públicas. Ao contrário, os incentivos econômicos seguem no sentido de conservá-las em segredo, até para que possam manter as vantagens auferidas e evitar eventuais punições pelo poder público.

De outro lado, não basta a verificação de meros indícios da atividade ilícita para que a administração possa aplicar as penalidades previstas no ordenamento. Como já se mencionou, o processo administrativo sancionador compartilha um núcleo básico de garantias direcionadas aos acusados em geral, dispostas no art. 5º da Constituição, como, por exemplo: *i*) a presunção de inocência (inc. LVII); *ii*) o contraditório e a ampla defesa (inc. LV); e *iii*) a exigência de licitude na obtenção das provas (inc. LVI). Daí porque a penalidade somente pode ser aplicada pelo poder público quando a ocorrência da infração estiver comprovada no bojo do devido processo legal.

A administração dispõe, então, de três recursos para a obtenção de informações sobre as atividades ilícitas, de acordo com Amadeu Ribeiro e Maria Eugênia Novis. A primeira delas é o monitoramento constante dos mercados, especialmente aqueles cujas condições estruturais (elevada concentração, produtos homogêneos, preços similares e barreiras de entrada) indiquem a prática de colusão. A segunda fonte de informações são eventuais testemunhas que, ocasionalmente, acabem tomando conhecimento da conduta ilícita, como clientes, empregados, conhecidos ou familiares dos autores da conduta ilícita. O terceiro e,



sem dúvida, o melhor dos instrumentos é a colaboração de um dos envolvidos direto nas ações proibidas<sup>365</sup>.

Com efeito, a obtenção de informações pelas pela primeira fonte é complexa e custosa. A investigação própria exige a realização de medidas como o monitoramento de pessoas, a inspeção de escritórios, a busca e apreensão de documentos ou ainda, a instalação de as escutas telefônicas, mediante autorização judicial. Além disso, seriam exigidos esforços consideráveis das autoridades para selecionar o material relevante e analisar todo o seu conteúdo – o que pode comprometer o emprego dos recursos públicos para outras finalidades. Trata-se, em suma, de método longo e dispendioso, utilizado apenas nos casos em que as autoridades já suspeitam ou dispõem de fortes indícios da existência da prática ilícita.

O segundo meio de se obter as informações necessárias para a punição do ilícito é mais simples, porém, mais raro. A obtenção de provas através de terceiros que tenham elementos suficientes para demonstrar a ocorrência da infração e que estejam dispostos a colaboração com as investigações depende, especialmente, do acaso. Com mais frequência, a administração obtém meros indícios da atividade ilícita, ensejando, então, a abertura de uma investigação própria. Se o poder público, no entanto, conseguir reunir provas suficientes para assegurar a imposição da sanção aos agentes responsáveis, não haverá qualquer necessidade de celebração do acordo substitutivo.

O instrumento mais eficaz, contudo, é a colaboração de um dos envolvidos diretos na conduta infracional. Até porque, dessa forma, as autoridades poderão contar com o auxílio de agentes familiarizados com os mecanismos de dissimulação, comumente utilizados para encobrir a prática. A questão, porém, é superar os incentivos econômicos que mantém a conduta encoberta. O acordo de leniência procura vencer essas resistências de duas formas: i) premiando a colaboração de um dos participantes da prática ilícita com a anistia da pena, ou sua

---

<sup>365</sup> RIBEIRO, Amadeu; NOVIS, Maria Eugênia. Programa Brasileiro de Leniência: Evolução, Efetividade e Possíveis Aperfeiçoamentos. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 17, p. 147, 2010.

considerável redução; e *ii*) desestabilizando as relações ilícitas pela elevação do risco da sua descoberta<sup>366</sup>.

Pode-se afirmar que a negociação da leniência visa a auxiliar a investigação de ilícitos que, não fosse por ela, permaneceriam ocultos do poder público. Por meio dessa participação, as autoridades ainda são guiadas nas complexas estruturas utilizadas para dissimular as relações ilícitas, além de ter acesso a documentos que, de outra forma, estariam encobertos. Permite, em síntese, que o processo administrativo sancionador tome um rumo menos oneroso e mais eficaz, pela participação ativa do acusado.

#### 5.4.2 Concessão do benefício ao primeiro que buscar as autoridades

Os programas de leniência, em regra, beneficiam apenas o primeiro dos coautores do ato ilícito que se apresentar em colaboração às autoridades – modelo *first come, first serve*, inspirado no direito norte-americano. Busca-se, a partir desse mecanismo, criar uma espécie de “corrida” entre os participantes da conduta proibida, diante da impossibilidade de se saber, de antemão, se algum deles já estaria prestes a delatar os demais. Uma vez concedido o benefício ao primeiro proponente, é vedada, em princípio, a concessão da leniência aos demais agentes que concorreram na prática ilícita.

Nos termos da Lei Federal nº 12.529/11, somente a primeira pessoa jurídica que denunciar a prática ilícita poderá receber a imunidade plena, caso a administração não tenha conhecimento prévio a respeito dos fatos (art. 86, § 1º, I), ou a redução da sanção de um a dois terços, quando já houver investigação em andamento pelas autoridades (art. 86, § 1º, II). Tem-se, então, que apenas um acordo de leniência poderá ser oferecido para cada ilícito.

---

<sup>366</sup> Como ressalta João Grandino Rodas, um programa eficaz de leniência, deve criar incentivos suficientes para que a empresa conclua que terá mais benefícios denunciando a prática da qual faz parte, que mantendo o silêncio. (RODAS, João Grandino. Acordos de Leniência em Direito Concorrencial: Práticas e Recomendações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 862, pp. 22-33, 2007, p. 23).

A Lei Federal nº 12.529/11, contudo, abre duas exceções: i) as pessoas físicas não estão sujeitas à regra do *first come, first serve*, podendo haver mais de um acordo de leniência para a mesma infração; ii) e a pessoa jurídica que não obtiver a habilitação para a celebração do ato bilateral, no curso de inquérito ou processo administrativo sancionador, poderá propor um acordo de leniência relacionado a outra ilegalidade, da qual a autoridade não tenha conhecimento prévio. Nessa hipótese, o infrator se beneficiaria da redução de um terço da pena que lhe for aplicável do processo em andamento, sem prejuízo da obtenção da leniência plena, em relação à nova infração denunciada.

Diante de uma possível competição entre os interessados pelo acordo de leniência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica adotou um sistema de “senhas” (*markers*) para identificar o primeiro interessado a oferecer sua colaboração às autoridades. Trata-se de uma declaração, válida por trinta dias, que atesta à pessoa jurídica a sua habilitação para obter o acordo de leniência sobre determinados fatos, antes que ela possa preparar a apresentação de uma proposta formal<sup>367</sup>.

Havendo outros interessados, cada pedido será registrado em ordem cronológica, de modo que a administração mantém uma espécie de “fila de espera” para a realização do acordo de leniência. A ordem de preferência é relevante, pois o proponente tem o prazo de um ano para negociar os termos do ato consensual com o CADE<sup>368</sup>. Caso a negociação em andamento seja rejeitada, o próximo interessado será convidado a apresentar sua proposta e assim sucessivamente. O tempo, como se vê, é uma questão essencial na realização dos acordos substitutivos.

---

<sup>367</sup> Nesse sentido, o art. 199, do Regimento Interno do CADE: “O proponente que ainda não estiver de posse de todas as informações e documentos necessários para formalizar uma proposta de acordo de leniência poderá se apresentar à Superintendência-Geral e requerer, na forma oral ou escrita, uma declaração da Superintendência-Geral que ateste ter sido o proponente o primeiro a comparecer perante àquele órgão em relação a uma determinada infração a ser noticiada ou sob investigação”.

<sup>368</sup> Art. 204, do Regimento Interno do CADE: “A negociação a respeito da proposta do acordo de leniência deverá ser concluída no prazo total de 6 (seis) meses, contados da data da apresentação da proposta. §1º A critério da Superintendência-Geral, caso estejam presentes circunstâncias extraordinárias poderão ser concedidas extensões da validade da proposta que superem o prazo estabelecido no caput, mas o prazo total da negociação, contado da data apresentação da proposta, não poderá superar 1 (um) ano. §2º Havendo outro proponente, a extensão da validade da proposta prevista no §1º não será de ordinário estendida, a não ser que circunstâncias do caso o recomendem, a critério da autoridade”.

Não se qualificando para a celebração do acordo de leniência, contudo, nada impede que o interessado proponha a realização de um termo de ajustamento de conduta, em troca da mitigação da sanção administrativa. Atendendo aos requisitos exigidos para a celebração dessa espécie de acordo substitutivo, o acusado poderia chegar a um resultado similar, com redução ou eliminação da sanção administrativa, sem obter, porém, a anistia das sanções penais, cujos efeitos decorrem exclusivamente do programa de leniência.

A Lei Federal nº 12.846/13, na sua redação original, também dispunha que apenas o primeiro a manifestar seu interesse em cooperar com as autoridades poderia obter a redução das penas (art. 16, § 1º, I). Esse dispositivo, contudo, foi suprimido pela Medida Provisória nº 703/15, que ampliou o acesso aos acordos de leniência a todos os interessados.

Embora o modelo do “*first come, first serve*”, tal como difundido internacionalmente, tenha sido eliminado da Lei Federal nº 12.846/13, persistem os incentivos para que a pessoa jurídica se apresse a reconhecer a prática do ilícito e a manifestar sua intenção de colaborar com as autoridades. Com efeito, apenas a primeira pessoa jurídica a firmar o acordo substitutivo poderá obter a remissão completa das penalidades (art. 16, § 2º, III), enquanto as demais somente podem obter uma redução de até dois terços (art. 16, § 2º, II).

Além disso, após a celebração do primeiro acordo de leniência, a autoridade avaliará a relevância das informações e provas oferecidas pelos outros interessados, sendo que a medida da anistia deverá ser equivalente à utilidade da cooperação que poderá ser realizada pelas pessoas jurídicas infratoras. Se a administração já dispuser de meios para comprovar a infração noticiada, bem como os seus coautores, não haverá interesse na realização de novos acordos substitutivos.

#### 5.4.3 Colaboração do compromissário nas investigações

Nos acordos de leniência, o objeto de barganha é a informação. Daí porque o seu objetivo principal, do ponto de vista do poder público, é a assegurar a

colaboração efetiva do investigado na obtenção de dados relativos aos ilícitos praticados, em troca da eliminação ou redução de penalidades. Como colaboração efetiva, entende-se: *i)* a identificação dos demais coautores da infração; *ii)* a disponibilização de informações e documentos novos que comprovem a conduta ilegal sob investigação; e *iii)* o auxílio completo e permanente no curso das investigações e do processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, a todos os atos processuais aos quais for solicitado.

Os interessados em negociar a leniência com o poder público devem, portanto, além de estarem dispostos a colaborar ativamente no processo, deter informações suficientes que levem à comprovação das atividades investigadas e à identificação dos demais infratores. Tal exigência pode, inclusive, alterar o modo de agir daqueles que se dedicam às práticas ilegais, preservando documentos comprometedores para eventual negociação com o poder público – que, de outra forma, muito provavelmente seriam destruídos.

Questão que se coloca é se, para obter o benefício da leniência, o interessado deve dispor de provas suficientes para demonstrar a coautoria de *todos* os demais envolvidos nas práticas ilícitas, inclusive aqueles cujo o grau de participação seja diminuto. Entende-se que o proponente deve dispor de elementos suficientes para comprovar as ações praticadas pelo núcleo da organização, especialmente os seus líderes. As autoridades, com efeito, não poderiam desprezar informações valiosas, mesmo quando o interessado em as revelar não disponha de todas as provas necessárias para demonstrar a participação de cada um dos envolvidos, inclusive aqueles de participação periférica.

Para que a colaboração seja efetiva, o particular deve, ainda, dispor de informações e documentos *novos*, que não estejam previamente à disposição da administração. De fato, se o poder público já tiver reunido elementos suficientes para assegurar a imposição da sanção aos agentes responsáveis, a celebração do acordo substitutivo seria desnecessária. Todavia, se a autoridade já tiver conhecimento prévio da conduta, mas ainda não dispuser das provas robustas, o benefício da leniência poderá ser negociado de forma parcial (tal como dispõe, por exemplo, o art. 86, § 1º, II, da Lei Federal nº 12.529/11, ou o art. 7º, VII, da Lei Federal nº 12.846/13).

Também nesse contexto é que se insere o parágrafo único do art. 20 da Lei Federal nº 12.846/13 (introduzido pela Medida Provisória nº 703/15), ao permitir que o acordo de leniência seja firmado mesmo após o “ajuizamento das ações cabíveis”. Via de regra, se há processo administrativo ou judicial em andamento, as autoridades já conseguiram obter as provas necessárias para a demonstração do ilícito e seus autores. Somente em situações excepcionais, em que ainda não se tenha informações completas sobre toda a extensão do ilícito e seus partícipes é que será possível a realização do ato. O acordo substitutivo, com efeito, não é mero perdão concedido ao infrator.

A cooperação daquele que celebra um acordo de leniência com o poder público também deve ser *completa e permanente*. Significa dizer, em primeiro lugar, que o particular deve apresentar todas as informações e documentos de que dispõe até a celebração do acordo, sem ocultar qualquer elemento que possa ser de interesse nas investigações. Além disso, não pode adotar um comportamento meramente passivo nas investigações, apenas tomando presença nas diligências conduzidas pelas autoridades<sup>369</sup>.

Ao contrário, o beneficiário da transação deve esclarecer os fatos, propor iniciativas e sugerir as diligências que, no seu entendimento, seriam as mais frutíferas para obter as provas faltantes. Mesmo após a assinatura do acordo de leniência, em atenção ao dever de colaboração completa e permanente, o particular deverá apresentar as informações e documentos novos que, eventualmente, descubra sobre a conduta investigada<sup>370</sup>.

O problema surge quando as investigações se arrastam no tempo, exigindo daquele que busca a leniência do poder público um longo trabalho de colaboração

---

<sup>369</sup> MADRUGA, Antenor; FELDENS Luciano. Cooperação da Pessoa Jurídica para Apuração do Ato de Corrupção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 947, pp. 73-90, 2014, p. 75.

<sup>370</sup> Nesse sentido, o art. 206, § 1º, VIII, do Regimento Interno do CADE, referente às obrigações do signatário do acordo de leniência: “a) apresentar (...) *todas e quaisquer informações, documentos ou outros materiais de que detenham a posse, custódia ou controle, capazes de comprovar a infração noticiada ou sob investigação*; b) apresentar (...) *todas e quaisquer novas informações, documentos ou outros materiais relevantes de que venham a ter conhecimento no curso das investigações*; c) apresentar *todas e quaisquer informações, documentos ou outros materiais relacionados à prática relatada de que detenham a posse, custódia ou controle, sempre que solicitado (...)*; d) *cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo relacionado à infração relatada a ser conduzido pela Superintendência-Geral e eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência (...)*.”

ativa, ao qual estará sempre sujeito às requisições da autoridade. É de se ressaltar que os custos para comparecimento em reuniões, audiências e outras diligências, deverão ser suportados pelo próprio colaborador. Demais, em casos de ilícitos internacionais, as dificuldades são intensificadas, dada a necessidade de se adotar um procedimento que tramita em duas jurisdições<sup>371</sup>. O dever de colaboração, no entanto, não pode dar ensejo a abusos, ou excessos do poder público. Se, de um lado, o particular opta por colaborar, de forma séria e constante, com as investigações, a administração deve facilitar a cooperação, não exigindo a realização de atos desnecessários, ou realizando-os da forma menos onerosa.

Também é de se indagar se o dever de colaboração com a autoridade, assumido no acordo de leniência, impede o particular de compartilhar as informações prestadas com outras esferas estatais. A mesma infração, com efeito, pode ser objeto de investigação em mais de um órgão ou ente de controle, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o Banco Central do Brasil, os Tribunal de Contas da União e dos Estados, os órgãos de proteção e defesa dos consumidores, o Ministério Público, ou mesmo outras jurisdições internacionais. O CADE, em especial, veda essa troca de informações pelo beneficiário da leniência, de modo a não comprometer o resultado útil das suas investigações (a menos que de outro modo haja sido acordado com o particular)<sup>372</sup>.

Por fim, questiona-se se o dever de colaboração *efetiva* com o poder público, significa dizer que as informações prestadas pelo particular deverão levar, necessariamente, à condenação dos demais coautores. Em outras palavras, indaga-se se a cooperação é uma obrigação de *resultado*<sup>373</sup> ou de *meio*<sup>374</sup>. A dúvida surge, porque tanto a Lei Federal nº 12.529/11 (art. 86, II), como a Lei Federal nº

---

<sup>371</sup> FERREIRA NETO, Amadeu de Souza. Programa de Leniência e a Lei 12.529/2011: Avanços e Desafios. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 22, pp. 145-161, 2012.

<sup>372</sup> Art. 207, § 2º, II, do Regimento Interno do CADE: *é vedada a divulgação ou o compartilhamento, total ou parcial, com outras pessoas físicas, jurídicas ou entes de outras jurisdições, do acordo de leniência e de seus anexos, bem como de quaisquer documentos apresentados pelo signatário do acordo de leniência ou que recebam tratamento de acesso restrito por parte do Cade, sendo que a desobediência desse dever sujeitará os infratores à responsabilização administrativa, civil e penal.*

<sup>373</sup> ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 202.

<sup>374</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 378.

12.846/13 (art. 16, II), estabelecem que a colaboração deverá resultar na comprovação do ilícito sob investigação.

Entendemos que a legislação, quando estabelece que o acordo de leniência deverá *resultar* na comprovação do ilícito, está se referindo a uma obrigação de meio, no sentido de que o interessado ofereça provas robustas (acima de dúvidas razoáveis), capazes de convencer a autoridade na fase de negociações. Até porque, no curso do processo administrativo sancionador, os demais coautores poderiam obter o afastamento da condenação por questões alheias à cooperação do anistiado, como, por exemplo, em razão da prescrição, ou por ofensa às garantias do contraditório e ampla defesa.

A administração, ao analisar o cumprimento da proposta, deverá levar em consideração antes a boa-fé do particular que o número de condenações administrativas concretizadas. Contudo, se descobrir fragilidades nas informações e documentos apresentados pelo interessado, incoerências sobre o mesmo fato, ou que as provas foram obtidas por meio ilícito, caberá à administração certificar o descumprimento do acordo.

#### 5.4.4 Cessação da prática e o reconhecimento da participação no ilícito

Um dos requisitos centrais dos acordos substitutivos realizados com o poder público é a cessação das atividades tidas por ilegais. Por meio dos atos consensuais, a administração busca, justamente, incrementar a eficácia das suas ações, realizando as exigências do ordenamento a partir da cooperação dos administrados que, diante de determinados estímulos, ajustam seu comportamento às disposições legais. No acordo de leniência, não se exige menos do particular, que deve encerrar a praticar do ilícito, restabelecendo, no menor tempo possível, a legalidade da sua conduta.

No que toca à interrupção da prática ilegal, o programa de leniência previsto na Lei Federal nº 12.846/13 (regulamentado pelo Decreto Federal nº 8.420/15), dispõe que o interessado deverá adotar, ou aperfeiçoar, o programa de integridade no âmbito da pessoa jurídica, consistente em um conjunto de procedimentos



internos de auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira<sup>375</sup>. É possível, porém, que as autoridades optem, em um juízo de proporcionalidade, pela continuidade momentânea das atividades das ilegais, para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo<sup>376</sup>.

Ponto que distingue os acordos de ajustamento de conduta dos acordos de leniência, contudo, é a necessidade de confissão das infrações praticadas. Se os primeiros não implicam o reconhecimento de culpa do investigado, tanto o programa de leniência previsto na Lei Federal nº 12.529/11 (art. 86, § 1º, IV), como aquele previsto na Lei Federal nº 12.846/13, (art. 16, §1º, III, na sua redação original) estabelecem que o beneficiado pela leniência estatal deve reconhecer sua participação na ação ilícita. Embora a redação do art. 16, §1º, III, tenha sido modificada pela Medida Provisória nº 703/15, para suprimir a necessidade de confissão expressa da culpa da pessoa jurídica entre os requisitos para a celebração do acordo substitutivo, a exigência de reconhecimento da prática ilícita persiste, como se deduz da interpretação sistemática da lei<sup>377</sup>.

Não poderia ser diferente. Se o proponente se compromete a cooperar com as investigações conduzidas pelas autoridades, deve começar revelando as práticas ilícitas por ele realizadas. Parte da força da delação está, justamente, na possibilidade de se trazer à luz o funcionamento interno das organizações engajadas na prática do ilícito, por meio de informações que somente quem participou diretamente poderia fornecer. Demais, se a pessoa não reconhecesse a participação na atividade ilegal, não haveria necessidade da leniência do poder

---

<sup>375</sup> Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

<sup>376</sup> MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MAIOLI, Patrícia Lopes; ABATI, Leandro de Paula Assunção. O acordo de leniência como corolário do princípio da consensualidade no processo antitruste brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano. 12, n. 45, 2014, p. 64.

<sup>377</sup> Com efeito, o art. 16, I, impõe que o interessado na celebração do acordo de leniência identifique os “demais” envolvidos na infração (o que pressupõe o reconhecimento da sua própria participação), enquanto o art. 16, II, exige do proponente o fornecimento de informações e documentos que comprove a infração sob investigação (o que abrange os atos por ele praticados). A preocupação do legislador em suprimir a necessidade de reconhecimento expresso de culpa no programa de leniência previsto na Lei Federal nº 12.846/13 decorre da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, que responde pelos atos de “corrupção” praticados pelos seus agentes independentemente de culpa (art. 2º).

público, uma vez que esta visa a anistiar ou reduzir as penas decorrentes da infração praticada.

#### 5.4.5 O cumprimento do acordo e seus efeitos penais, civis e administrativos

Se as condições previstas acordo de leniência não forem atendidas, deixando o signatário de cooperar com o poder público da forma esperada, haverá perda da imunidade em relação à multa administrativa e às outras sanções previstas na legislação<sup>378</sup>. Caso a penalidade já tenha sido fixada de antemão no ato consensual, a administração executará as disposições nele estabelecidas, uma vez que os acordos substitutivos constituem título executivo<sup>379</sup>. Além disso, o beneficiário faltoso ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de três anos<sup>380</sup>.

Com o cumprimento do acordo pelo particular, a administração declarará a extinção da pretensão punitiva, ou aplicará a sanção reduzida, tal como estiver ajustado no ato. Todavia, como assinala Francisco Zardo, a grande questão que surge com o encerramento do programa de leniência, é a repercussão da confissão da prática ilícita nas demais esferas do direito, haja vista que as condutas nele abarcadas podem ensejar a responsabilidade no âmbito civil, penal ou da improbidade administrativa. Assim, ainda que o cumprimento do acordo de leniência isente ou atenuar determinadas sanções administrativas, o particular ainda estaria vulnerável em outras áreas<sup>381</sup>.

---

<sup>378</sup> Regimento Interno do CADE. Art. 206, §1º. O acordo estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo e constarão do documento as seguintes cláusulas e condições: (...) IX - disposição de que o não cumprimento pelo signatário das obrigações previstas no acordo de leniência resultará em perda da imunidade com relação a multas e outras sanções.

<sup>379</sup> Decreto Federal nº 8.420/15. Art. 37. O acordo de leniência conterá, entre outras disposições, cláusulas que versem sobre: I - o compromisso de cumprimento dos requisitos previstos nos incisos II a V do caput do art. 30; II - a perda dos benefícios pactuados, em caso de descumprimento do acordo; III - a natureza de título executivo extrajudicial do instrumento do acordo.

<sup>380</sup> Art. 86, § 12º, da Lei Federal nº 12.529/2011, e art. 16, § 8º, da Lei Federal nº 12.846/2013.

<sup>381</sup> ZARDO, Francisco. *Op. Cit.*, pp. 202-203.

Quanto à responsabilidade penal, a antiga lei do CADE (Lei Federal nº 8.884/1994, art. 35-C<sup>382</sup>) assegurava ao beneficiário do programa de leniência imunidade apenas quanto aos crimes contra à ordem econômica tipificados no art. 4º da Lei 8.137/1990<sup>383</sup>. Tal limitação desestimulava a celebração dos acordos substitutivos, uma vez que o particular continuaria sujeito à persecução penal relativa aos crimes previstos na Lei Federal nº 8.666/1993 e, em especial, ao crime de associação criminosa, previsto no Código Penal. Essa barreira, entretanto, foi removida na nova lei do CADE (Lei Federal nº 12.529/2011) que estendeu a imunidade penal a todos os ilícitos relacionados à ordem econômica (art. 87)<sup>384</sup>.

Ainda no que toca à anistia na esfera criminal, questiona-se a necessidade de o Ministério Público, titular da ação penal, participar da negociação e manifestar sua concordância ao acordo de leniência firmado pela autoridade administrativa. Não sendo a legislação clara nesse sentido, a cautela recomenda a sua participação, diminuindo os riscos do beneficiário ser surpreendido com a persecução penal dos ilícitos praticados. Quanto maior for a proteção do particular, maior será o incentivo para compartilhar informações relevantes com as autoridades<sup>385</sup>.

Embora a legislação concorrencial tenha regulado com maior objetividade e segurança os efeitos da responsabilidade penal na celebração dos acordos de leniência, falta disposição semelhante na Lei Federal nº 12.846/2013 (mesmo após a revisão operada pela Medida Provisória nº 703/2015), que expõe as pessoas jurídicas a uma possível persecução criminal das práticas confessadas na esfera administrativa. Ainda que o Ministério Público participe das negociações, os efeitos da anistia alcançam apenas as sanções judiciais dispostas na Lei Federal

---

<sup>382</sup> Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

<sup>383</sup>

<sup>384</sup> Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

<sup>385</sup> RIBEIRO, Amadeu; NOVIS, Maria Eugênia. *Op. Cit.* p. 174.

nº 8.429/1992 (Improbidade Administrativa) e no art. 19 da própria Lei Federal nº 12.846/2013<sup>386</sup>.

O acordo de leniência, de outro lado, traz repercussões inequívocas na esfera civil. Como há, via de regra, reconhecimento da prática ilícita, o particular estará sujeito à responsabilidade patrimonial pelos danos causados à terceiros por meio das práticas anticoncorrenciais, ou pelos ilícitos contra a administração pública<sup>387</sup>. De acordo Lei Federal nº 12.846/2013, a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual dos seus dirigentes e administradores que, no entanto, somente podem ser responsabilizados na medida da sua culpabilidade (art. 2º, § 2º). O risco, no entanto, é mais elevado sob a perspectiva da legislação concorrencial, que prevê a responsabilidade solidária entre a empresa, seus dirigentes e administradores nas infrações contra a ordem econômica<sup>388</sup>.

Quanto aos danos causados ao erário, a Lei Federal nº 12.846/2013 é expressa ao dispor que acordo de leniência não exime o particular da obrigação de reparar integralmente o dano causado<sup>389</sup>. O art. 16, § 4º, contudo, permite que a administração disponha no acordo de leniência sobre a forma de cumprimento do dever da indenização civil, em consideração à capacidade econômica da pessoa jurídica ofensora.

Há por fim, o risco de que as práticas objeto do acordo de leniência sejam punidas judicialmente no quadro da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal

---

<sup>386</sup>Art. 16, § 11. O acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuízem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil; § 12. O acordo de leniência celebrado com a participação da Advocacia Pública e em conjunto com o Ministério Público impede o ajuizamento ou o prosseguimento da ação já ajuizada por qualquer dos legitimados às ações mencionadas no § 11.

<sup>387</sup> Como observa João Grandino Rodas, “os membros de cartéis estão sujeitos a ações civis por perdas e danos causados às vítimas do cartel, e o dispositivo legal relativo à leniência não estabelece qualquer proteção para o delator com relação aos litígios privados”. (RODAS, João Grandino. Acordos de Leniência em Direito Concorrencial: Práticas e Recomendações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 862, pp. 22-33, 2007, p. 32).

<sup>388</sup> Lei Federal nº 12.529/2011. Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

<sup>389</sup> Art. 6º. Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: (...) § 3º. A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado. (...) Art. 16. § 3º. O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

nº 8.429/1992), ou ainda no âmbito das diversas esferas administrativas. Com efeito, o particular que decide firmar acordo de leniência no âmbito do CADE, nos termos da Lei Federal nº 12.529/2011, pode, ainda, assim, sofrer sanções impostas pelo Tribunal de Contas da União<sup>390</sup>, ou ser réu de ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público, caso o ilícito econômico acarrete prejuízo ao erário, ou ofensa aos princípios da administração pública.

O programa de leniência previsto na Lei Federal nº 12.846/2013, especialmente após a revisão promovida pela Medida Provisória nº 703/2015, trouxe mais objetividade quanto aos efeitos da celebração do acordo substitutivo nas outras esferas de responsabilização administrativa. O art. 16, § 2º, estabelece que o acordo de leniência isentará a pessoa jurídica interessada das sanções restritivas do direito de contratar com o poder público e de qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo<sup>391</sup>. Quando à fiscalização dos Tribunais de Contas, o art. 16, § 14, estabelece que sua participação ocorrerá após realização do ato e que estará limitada à verificação da reparação integral do dano ao erário pela pessoa jurídica<sup>392</sup>. Demais, quanto à responsabilização no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/1992), o art. 16, § 11 e 12, prevê que o acordo realizado com a participação da Advocacia Pública e do Ministério Público impede o ajuizamento ou o prosseguimento de demanda ajuizada com esse fundamento.

A legislação, como se vê, não é clara a respeito da responsabilidade penal, civil e administrativa decorrente do acordo de leniência, consistindo em um grave

---

<sup>390</sup> Por meio da Instrução Normativa nº 74/15, o Tribunal de Contas da União dispõe, no art. 6º, que o acordo de leniência celebrado pela administração federal não afasta as competências do Tribunal de Contas da União fixadas no art. 71 da Constituição Federal, nem impede a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/1992.

<sup>391</sup> Art. 16, § 2º. O acordo de leniência celebrado pela autoridade administrativa: I - isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do caput do art. 6º e das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e em outras normas que tratam de licitações e contratos; II - poderá reduzir a multa prevista no inciso I do caput do art. 6º em até dois terços, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo; e III - no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados, a redução poderá chegar até a sua completa remissão, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo.

<sup>392</sup> Art. 16, § 14. O acordo de leniência depois de assinado será encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas, que poderá, nos termos do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, instaurar procedimento administrativo contra a pessoa jurídica celebrante, para apurar prejuízo ao erário, quando entender que o valor constante do acordo não atende o disposto no § 3º.

fator de desestímulo à sua celebração. Como assinalam Amadeu Ribeiro e Maria Eugênia Novis, para que o programa brasileiro de leniência alcance um padrão desejável de efetividade é necessário dotá-lo de maior transparência e previsibilidade, eliminando, por exemplo, às dúvidas que cercam a participação do Ministério Público ou, ainda, a falta de clareza quanto aos critérios de fixação de responsabilidades<sup>393</sup>.

A solução, temporária, consiste em envolver, quando possível, todas as diversas esferas do poder público em um só acordo, a fim de que o particular tenha noção mais precisa das consequências da colaboração com as autoridades.

---

<sup>393</sup> RIBEIRO, Amadeu; NOVIS, Maria Eugênia. *Op. Cit.* p. 174.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afirmar que uma das linhas de transformação do direito administrativo consiste na abertura de espaços para a participação e o consenso em campos tradicionalmente ocupados pela ação imperativa. Com efeito, verifica-se uma redução dos campos em que há imposição autoritária de decisões administrativas, em favor de processos que valorizam a negociação com os administrados. Essa crescente utilização de instrumentos de cooperação para atingir suas finalidades, antes associados exclusivamente ao direito privado, tem tornado a administração mais flexível e plural, com ganhos de eficiência e qualidade nas suas decisões.

De um lado, o momento de valorização do consenso entre poder público e particulares decorre uma nova maneira de agir, mais aberta à colaboração dos indivíduos. No atual estágio da democracia, há um anseio da sociedade civil de participar de maneira efetiva nas atividades estatais, no sentido de que suas contribuições sejam analisadas e consideradas na formação das decisões. Disso decorre a substituição de mecanismos de imposição unilateral por instrumentos participativos, baseados no diálogo entre os sujeitos envolvidos na ação estatal, de modo que a sociedade civil já não se encontra em polo antagônico ao poder público.

De outro lado, há uma perspectiva mais pragmática, de que a difusão de instrumentos consensuais possa vir a superar impasses da burocracia tradicional. As relações mais paritárias adotadas pela administração pretendem dinamizar e simplificar seu funcionamento, auxiliando o administrador a tomar decisões com maior eficácia, eficiência e qualidade. De fato, é mais proveitoso ao poder público considerar os particulares não como adversários, ou meros sujeitos passivos da ação estatal, mas como seus colaboradores, estabelecendo relacionamentos negociados. A negociação amplia as possibilidades de que o estado angarie informações essenciais para o bom desempenho das suas funções, além de reduzir a litigiosidade e abreviar o tempo do processo administrativo.

Além disso, é sobretudo no campo do direito econômico, área crescente de intervencionismo estatal, que se observa maior expansão dos mecanismos consensuais. Os instrumentos clássicos do direito administrativo (de tradição liberal

oitocentista) são, muitas vezes, impróprios ao papel contemporâneo do estado, de agente normativo e regulador da economia. Isso porque os entes/órgãos administrativos de regulação precisam de agilidade e flexibilidade para atuar nos mercados, em constante mutação e, em princípio, dispostos a contornar as normas expedidas pelo poder público. A negociação com os particulares é essencial nesse contexto, reduzindo as assimetrias de informações e garantindo maior legitimidade e eficácia às ações estatais.

Tal perspectiva, de ampliação do consenso, tem se mostrado presente, inclusive, no exercício do poder administrativo sancionador, por meio dos acordos substitutivos, que permitem a negociação do processo administrativo ou da sanção administrativa em troca de maior eficiência e qualidade na ação pública. Com efeito, a atividade sancionatória, vista sob uma perspectiva instrumental, vem se despidendo de seu caráter simbólico, de resposta necessária a um descumprimento da norma jurídica, e adquirindo, cada vez mais, o papel de meio para alcançar as pautas e finalidades de interesse coletivo<sup>394</sup>.

Nos acordos substitutivos, a sanção administrativa é flexibilizada por meio da participação do particular, a quem se confere a possibilidade de construir, conjuntamente com o poder público, o ato final. Em outras palavras, o interessado participa na tomada de decisão, negociando o conteúdo do ato administrativo, cujo conteúdo lhe interessa imediatamente, que passa a ser resultado de um acordo. Suas principais espécies são os compromissos para ajustamento de conduta e os acordos de leniência.

No compromisso de ajustamento de conduta, o agente privado assume obrigações visando a recompor, de forma agilizada, a legalidade da sua conduta, cessando práticas ilícitas e indenizando eventuais prejuízos causados, em substituição ao trâmite do processo administrativo, ou da aplicação da sanção pelo poder público. Nos programas de leniência, a administração pode assumir o compromisso de extinguir ou reduzir a sanção, em troca da colaboração efetiva dos infratores, que passam a colaborar com o estado na obtenção de informações e provas que, de outro modo, não seriam facilmente obtidos.

---

<sup>394</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010, p. 3.



Não obstante os efeitos positivos dos acordos substitutivos, que podem ensejar o aumento na qualidade e na eficiência da atuação pública, o ato administrativo unilateral continua disponível ao poder público. Até porque o consenso não é mecanismo adequado para todo e qualquer caso. A conversão desmedida de sanções em atos consensuais poderia desvirtuar os benefícios desse instituto, com o conseqüente enfraquecimento da função fiscalizatória do órgão/ente regulador. Dessa forma, a sanção unilateral permanece disponível ao estado como instrumento de reforço às práticas obrigatórias e para desestimular as condutas censuráveis.

Os atos unilaterais e bilaterais são ambos instrumentos de ação disponíveis ao poder público, escolhidos com base nos efeitos específicos que podem ser preferidos em um determinado caso concreto. Ainda que estejamos em tempos de consensualismo e negociação, com um direito público mais aberto ao diálogo e aos acordos, não é possível abdicar dos instrumentos de coerção e repressão estatais.

## BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 136, pp. 5-28, out./dez., 1997.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, n. 236, pp. 51-64, 2004.

\_\_\_\_\_. A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 167, pp. 293-310, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os 'acordos processuais' no novo CPC – Aproximações preliminares. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, n. 34. pp. 103-107, 2015. Disponível na internet: < <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Org.). **Privatización y liberalización de servicios**. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, et al (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BADIN, Arthur Sanchez. A transação judicial como instrumento de concretização do interesse público. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, FGV, v. 252, pp. 189-217, 2009.

BAGATIN, Andreia Cristina. A Natureza Jurídica dos 'Acordos' previstos pela Lei nº 8.884/94. In: MOREIRA Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan L. (Coords.), **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. Belo Horizonte, Fórum, pp. 191-216, 2010.

\_\_\_\_\_. **Captura das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA de MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

\_\_\_\_\_. **Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2011.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional**. São Paulo: Editora 34, 2002.

CAMBI, Eduardo. Compromisso de Ajustamento de Conduta: Um Eficaz Instrumento à Disposição do Ministério Público para a Implementação de Políticas Públicas e à Efetivação de Direitos Fundamentais Sociais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 908, p. 113, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7 ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 5, p. 128, 1977.

CAPELLI, Sílvia (Coord.). **Compromisso de Ajustamento Ambiental: Análise e Sugestões para Aprimoramento**. São Paulo, 2008. Disponível na Internet: < [http://www.mpba.mp.br/atuuacao/ceama/publicacao/2009/compromisso\\_ajustamento\\_ambiental.pdf](http://www.mpba.mp.br/atuuacao/ceama/publicacao/2009/compromisso_ajustamento_ambiental.pdf) >. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho e Lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; FIGUEROA, Rodrigo Ochoa. Breve ensaio sobre o consensualismo na Administração Pública e o contraponto entre o modelo burocrático e responsável (“gerencial”). **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 51, pp. 187-203, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. **Science Administrative**. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COUTO E SILVA, Almiro do. Problemas Jurídicos do Planejamento. **Revista da PGE do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 27, pp. 133-148, 2003.

\_\_\_\_\_. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista da PGE do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 27, pp. 13-32, 2003.

\_\_\_\_\_. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Aplicação do Direito Administrativo Sancionador nos Julgados do CRSFN. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, vol. 30, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 128, pp. 63-67, 1995

\_\_\_\_\_. Viabilidade da Transação entre o Poder Público e Particular”. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, pp. 11-24, 2002.

ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra, Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 1996.

FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral da Infração Administrativa**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

FERREIRA NETO, Amadeu de Souza. Programa de Leniência e a Lei 12.529/2011: Avanços e Desafios. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 22, pp. 145-161, 2012.

FINK, Daniel Roberto. Alternativas à ação civil pública ambiental. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISS, Owen M. Against Settlement. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 93, n. 6, pp.1073-1090, 1984.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental**. São Paulo: Atlas, 2008.

GAUDEMET, Yves. **Droit Administratif**. 19 ed. Paris: LGDJ - Lextenso Éditions, 2010.

GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**. 2 ed. Paris: Presses de Sciences Po, 2007.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução: José Alberto Froes Cal. Vol. I e II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. **El Derecho Administrativo Privado**. Madri, 1996.

GORDILLO, Agustin. **Princípios Gerais de Direito Público**. Tradução: Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, vol. 3, n. 2, pp. 49-58, 2002.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, n. 233, pp. 377-385, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Participação Popular e a Consensualidade na Administração Pública. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 39, p. 132, 2002.

HAURIOU, André. Le Droit Administratif de l'aléatoire. In: **Mélanges Offerts a Louis Trotabas**, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 8. ed. Paris: Librairie de la Société du recueil Sirey, 1914.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Seleção Histórica, pp. 15-21, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei de Licitações Comentada**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LAUBADÈRE, André de. **Traité de Droit Administratif**. 16. ed. Atualizado por Yves Gaudemet. vol. I e II. Paris: LGDJ, 2001.

MADRUGA, Antenor; FELDENS Luciano. Cooperação da Pessoa Jurídica para Apuração do Ato de Corrupção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 947, pp. 73-90, 2014.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; MAIA, Mário Henrique Goulart. **O Poder Administrativo Sancionador: Origem e Controle Jurídico**. Fortaleza: Editora Curumim, 2012.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez., 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, jul./set., 2000.

MARTINS FILHO, Luiz Dias; ADAMS, Luis Inácio Lucena. A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas propostas de lei autorizativa. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. **Transação e arbitragem no âmbito tributário**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MATIAS-PEREIRA, José. **Governança no Setor Público**. São Paulo: Atlas, 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, n. 223, pp. 115-131, 2001.

MAYER, Otto. **Le Droit Administratif Allemand**. vol. I, II, III e IV. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta: Evolução e Fragilidades e Atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 41, jan./mar., 2006.

\_\_\_\_\_. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Os Caminhos do Ato Administrativo** (Organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Moderno**. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. Formação, Efeitos e Extinção dos Atos Administrativos Negociais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, n. 158, pp. 15-19, 1984.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. O Regime Jurídico das Sanções Administrativas. **Revista Eletrônica de Estudos Jurídicos da OAB-PR**, Curitiba, n. 4, 2009. Disponível na Internet: < <http://admin.oabpr.org.br/revistaeletronica/?secao=revista04>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MAIOLI, Patrícia Lopes; ABATI, Leandro de Paula Assunção. O acordo de leniência como corolário do princípio da consensualidade no processo antitruste brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano. 12, n. 45, 2014.



MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

\_\_\_\_\_. Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 24, 2010. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Les mécanismes de la réforme administrative. **Revue internationale de droit comparé**, Société de législation comparée, Paris, vol. 38, 1986.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, n. 209, pp. 81-90, 1997.

\_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século - O Caso Brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

\_\_\_\_\_. Tendências atuais do direito administrativo: a luta pelo controle do arbítrio do poder. **Fórum Administrativo - Direito Público**, Belo Horizonte, n. 90, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. **Processo Administrativo**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Orgs.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: SBDP/Malheiros Editores, 2013.

\_\_\_\_\_. *Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas*. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas - Responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano. 12, n. 47, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF – Mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano. 11, n. 43, 2013.

MOREIRA, Vital. **Auto-regula o Profissional e Administra o Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

NABAIS, José Casalta. **Contratos Fiscais**. Coimbra: Coimbra, 1994.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 4. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.

NUSDEO, Fábio. O Direito Econômico Centenário: um ‘vol d’oiseau’ sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Fórum, n. 36, pp. 101-132, 2011.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança Pública e Parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n  23, 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.Com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-GUSTAVO-JUSTINO-OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

\_\_\_\_\_. Participação Administrativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº 3, setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

\_\_\_\_\_. A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 12, p. 29, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. 2. Reimpressão da edição de 2003. Coimbra: Almedina, 2011.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A teoria do ato administrativo e a prática da consensualidade. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO Vitor (Orgs.). **Os caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Atuação Administrativa Consensual: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. v. 3. Belo Horizonte, Fórum, pp. 11-43, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de Derecho Administrativo**, 5. ed. Barcelona: Ariel, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. 2, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 180.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Participação Popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, n. 191, pp. 26-39, 1993.

POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. **Public Management Reform**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.

REALE, Miguel. Garantia dos Atos Administrativos Negociais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, pp. 128-132, 1989.

\_\_\_\_\_. Atos Administrativos Negociais. In: REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

REALE JR., Miguel. Ilícito administrativo e o ius puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). **Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIBEIRO, Amadeu; NOVIS, Maria Eugênia. Programa Brasileiro de Leniência: Evolução, Efetividade e Possíveis Aperfeiçoamentos. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 17, p. 147, 2010.

RODAS, João Grandino. Acordos de Leniência em Direito Concorrencial: Práticas e Recomendações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 862, pp. 22-33, 2007.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Consenso e Legalidade: Vinculação da Atividade Administrativa Consensual ao Direito**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 24, 2011. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

SILVA, Vladimir Spíndola. O Instituto da Leniência no Direito Antitruste Norte Americano. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 9, p. 325, 2002.

SILVA, Vasco Pereira da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 1998.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais vol. 8, p. 137, 2001.

STIGLITZ, Joseph; WALSH, Carl. **Economics**. 4. ed. Nova Iorque: W. W. Norton, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Defesa nas Sanções Administrativas. **Revista de Direito Público**, Rio de Janeiro, n. 84, pp. 99-106, 1987.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo, Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, Atlas, n. 248, pp. 117-126, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na Execução contra a Fazenda Pública. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 23, 2010. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

TACITO, Caio. Comissão de Valores Mobiliários - Poder Normativo - Controle do Mercado Financeiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, n. 161, pp. 297-328, 1985.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Participativo**. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, n. 209, pp. 1-6, 1997.

\_\_\_\_\_. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, n. 242, pp. 125-132, 2005.

\_\_\_\_\_. Arbitragem nos Litígios Administrativos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 42, p. 411, 2014.

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, nº 104, 2015. Disponível na internet: < <http://www.justen.com.br/informativo> >. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

VILLANUEVA, Luis Aguilar. **Gobernanza y Gestión Pública**. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006.

VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

WALD, Arnoldo. Novas Tendências do Direito Administrativo: A Flexibilidade no Mundo da Incerteza. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 721, p. 7, 1995.

WALINE, Jean. **Droit Administratif**. 23 ed. Paris: Dalloz, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie, TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.